
SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG
VE RI TS
CHRISTO ET ECCLESIAE

Iherings Jahrbücher

für die

Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

In Verbindung mit

Dr. Joseph Unger,
Präsidenten des Reichsgerichts in Wien

Dr. Otto Gierke,
Geh. Justizrat u. Professor in Berlin

Dr. Emil Strohal,
Geh. Hofrat u. Professor in Leipzig

Dr. Otto Fischer,
Geh. Justizrat u. Professor in Breslau

herausgegeben

von

Dr. Ferdinand Regelsberger und **Dr. Victor Ehrenberg,**
Professoren an der Universität in Göttingen.

Zweite Folge. Vierzehnter Band.

50. Band von „Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts".



Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1906.

Inhalt.

Iherings Jahrbücher

für die

Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

In Verbindung mit

Dr. Joseph Unger,
Präsidenten des Reichsgerichts in Wien

Dr. Otto Gierke,
Geh. Justizrat u. Professor in Berlin

Dr. Emil Strohal,
Geh. Hofrat u. Professor in Leipzig

Dr. Otto Fischer,
Geh. Justizrat u. Professor in Breslau

herausgegeben

von

Dr. Ferdinand Regelsberger und **Dr. Victor Ehrenberg,**
Professoren an der Universität in Göttingen.

Zweite Folge. Vierzehnter Band.
50. Band von „Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts".
Erstes bis viertes Heft.



Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1906.

Zitierweise nach den Vorschlägen des Deutschen Juristentags: Iherings J.

Inhalt.

I.

Der Normenadressat.

Eine Untersuchung zur allgemeinen Rechtslehre.

Von Dr. **August Thon** in Jena.

Die Frage, an welche Adresse die Gesetzesbefehle sich richten, war vor Jahrzehnten bereits eine Zeitlang Gegenstand lebhafter Erörterungen gewesen. Dann aber war der Streit verstummt, das Problem blieb beiseite gestellt, wenn auch eine Uebereinstimmung der Meinungen nicht erzielt worden war. Nun ist in jüngster Zeit die Frage wieder aufgerollt und Gegenstand neuer Behandlung geworden. Da jedoch die zum Teil eigenartigen Lösungsversuche, wie ich meine, nicht zu überzeugen vermögen, soll das Problem hier einer nochmaligen Prüfung unterzogen werden.

Den Ausgangspunkt will ich von einigen kurzen Sätzen nehmen, die hier zunächst nur zur Kennzeichnung meiner Stellungnahme vorausgeschickt, nicht aber des näheren begründet werden sollen. Soweit deren Verteidigung erforderlich scheint, soll sie in den späteren Ausführungeu nachgebracht werden.

Als tauglicher Befehlsempfänger erscheint vornehmlich der Mensch. Mit Vollendung seiner Geburt ist er rechtsfähig — und es wird später noch zu betonen sein, daß Rechts- und

Pflichtfähigkeit heutzutage zusammenfallen. Mit dieser letzteren Bemerkung ist aber bereits weiter gesagt, daß auch den Rechtsträgern, die nicht Menschen sind — so den Vereinen und Stiftungen — Pflichtfähigkeit zuzusprechen ist. Mit anderen Worten, auch sie sind taugliche Befehlsempfänger; auf dies spezielle Problem wird gegen Ende dieser Abhandlung zurückzukommen sein. Dagegen ist das Tier, das nicht Rechtsträger ist, auch niemals tauglicher Normenadressat.

Vom Menschen als Befehlsempfänger soll zunächst allein gesprochen werden. Allein dem Gesetze des Deutschen Reichs gegenüber ist gewiß nicht jeder Mensch auf dem Erdenrund als Adressat zu denken. Jedes Befehlen hat vernünftigerweise zur Voraussetzung, daß der Befehlende sich den Adressaten als Gehorchenden denkt oder doch als eine Person, die seiner Befehlsgewalt untersteht. Darum will deutsches Gesetz nicht allen Erdenbewohnern Befehle geben. Nur den deutschen Reichsangehörigen gilt regelmäßig deutsches Gesetz. Ich sage regelmäßig: denn allerdings bringt die Territorialhoheit mit sich, daß das deutsche Gesetz in gewissem Umfange auch Ausländern gilt, solange sie sich auf deutschem Gebiete befinden. Ja, selbst den Ausländern im Auslande sucht deutsches Gesetz, wenn auch nur in seltenen Ausnahmsfällen (StGB. § 4 Z. 1), Schranken ihres Tuns aufzuerlegen und damit eine Verpflichtung. (Bierling, Juristische Prinzipienlehre 3 [1905], 174.) Halten wir uns jedoch auch hier nur an die Regel. Den Deutschen gilt deutsches Gesetz. Allein welchen Deutschen? Allen oder nur gewissen Personen?

Auf diese Frage läßt sich eine allgemeingültige Antwort nicht geben. Zuvor muß der Inhalt der besonderen gesetzlichen Vorschrift betrachtet werden. Und da ergibt es sich, daß als Adressaten der Reichsgesetze oftmals Rechtsträger verschiedenster Art genannt und gemeint sind. Denn selbstverständlich sind

nur diejenigen die Adressaten, die für die Erfüllung des Gesetzesbefehls allein in Betracht kommen, die allein ihn befolgen sollen und können und die darum allein auch durch Nichtbefolgung ihn zu übertreten in der Lage sind. Dementsprechend sind bald die einzelnen Gliedstaaten die Adressaten: wie etwa dort, wo ihnen durch Reichsgesetz zur Pflicht gemacht wird, gewisse Gerichte zu bilden und zu besetzen (GVG. §§ 25, 58, 59, 60, 119, 120, 142, 154). Bald sind es Behörden — Reichsbehörden oder Behörden der Einzelstaaten — an die ein Befehl ergeht, den zu befolgen diese Behörden allein im stande sind. Wobei sich wiederum Variationen insofern ergeben, als — um nur von den Gerichten zu sprechen — hin und wieder nur der Präsident, in anderen Fällen das Präsidium, zumeist das Gericht als solches, aber auch der Protokollführer, der Gerichtsschreiber, der Gerichtsvollzieher rc. als ausschließlicher Befehlsempfänger eben nach Inhalt des Gebotenen uns entgegentritt.

Alle diese Fälle, für deren reiche Gestaltung nur etliche Proben gegeben wurden, scheiden aus unserer Erörterung aus. Ein Zweifel über den Adressaten ist bei ihnen nicht wohl möglich. Das Gesetz bezeichnet ihn selbst. Niemand wird Bedenken tragen, da wo das BGB. z. B. bestimmt: das Amtsgericht, das Vormundschaftsgericht, das Nachlaßgericht „hat" rc., die damit gegebene Vorschrift als eine an den Inhaber des genannten Amtes gerichtete aufzufassen.

Für unsere Untersuchung verbleiben nur die Fälle, in denen allgemein lautende Gesetze eine besondere Adresse ihrer Befehle nicht erkennen lassen. So in den ungemein häufigen Fällen, wo das Gesetz mit dem Worte beginnt: „Wer . .", um sodann an den weiter angeführten Tatbestand irgend eine Verpflichtung zu knüpfen. Wer ist dieser „Wer"? Sind beide Geschlechter gemeint? Menschen jeglichen Alters? Der Kranke

wie der Gesunde? Der geistig Normale wie der Geisteskranke?

Nun ist zweierlei vorweg zu bemerken. Einmal kann nicht selten das, was gewisse Gesetze verbieten, aus tatsächlichen Gründen nur von Menschen bestimmter Art begangen werden. Dann wird das Gesetz auch nur solchen möglichen Kontravenienten gegenüber praktische Bedeutung haben. So wird das Verbrechen der Notzucht nach seinem Tatbestande (§ 177 StGB.) die Begehung durch eine Person männlichen Geschlechts zu seiner regelmäßigen Voraussetzung haben. Dennoch würden wir fehlgehen, das Verbot der Notzucht — die primäre Norm — uns allein an Männer adressiert zu denken. Es zeigt sich dies darin, daß Frauen nicht nur wegen Teilnahme an diesem Delikte in Betracht kommen, sondern selbst als alleinige (mittelbare) Täter sich strafbar machen können: etwa dann, wenn eine Frau durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben einen Mann zur Vergewaltigung einer anderen genötigt hat (§ 52 StGB.). Aehnliche Fälle finden sich vielfach. Andererseits wird der Satz der Reichsverfassung (Art. 57): „Jeder Deutsche ist wehrpflichtig" wirklich nur auf Personen männlichen Geschlechts zu beziehen sein.

Dazu kommt ein Zweites. Wenn in Strafgesetzen an den zumeist mit: „Wer . ." eingeleiteten Tatbestand eine Strafdrohung angeknüpft wird, so ist so viel sicher, daß letztere gegen Kinder nicht verwirklicht werden darf. Hatte der Täter bei Begehung der Tat das 12. Lebensjahr noch nicht erfüllt, so ist er nach § 55 StGB. strafrechtlicher Verfolgung überhaupt entzogen. Und auch wenn er zu jener Zeit wohl das 12., nicht aber das 18. Lebensjahr vollendet hatte, ist seine Bestrafung erst nach Bejahung einer Vorfrage möglich (§ 56 StGB.). Dies letztere gilt auch gegenüber taubstummen Personen (§ 58 StGB.), während Geisteskranke wie Kinder unter 12 Jahren

von vornherein unverantwortlich sind. Wenn aber auch die Strafverfolgung wider Kinder und Wahnsinnige ausgeschlossen ist, so ist damit die Frage noch nicht entschieden, ob ihnen auch die Norm nicht gilt, die aus der Tatbestandsfassung zu entnehmen ist — das Verbot oder das Gebot, an dessen Nichtbefolgung für Zurechnungsfähige eine Strafdrohung angeknüpft wird. Und ebensowenig ist die zweifellose Tatsache des Ausschlusses jeglicher Bestrafung für die Frage entscheidend, ob die Imperative des bürgerlichen Rechts — die Verpflichtungen privatrechtlichen Inhalts — den Unzurechnungsfähigen gelten oder nicht. Hold von Ferneck verneint dies neuerdings wieder mit aller Entschiedenheit: ihm sind die Unzurechnungsfähigen „untaugliche Befehlsempfänger", d. h. Nichtadressaten für jegliche Norm. Es soll versucht werden, den Ungrund solcher Einschränkung hier darzutun. Allein zuvor sind die Zweifel hinwegzuräumen, die ebenfalls in jüngster Zeit laut geworden sind gegenüber der Lehre, daß die Rechtsnormen überhaupt dem Volke gelten; Max Ernst Mayer will sie nur auf die staatlichen Organe, vornehmlich den Richter beziehen. Zu allererst aber muß dem Bedenken Rechnung getragen werden, das von Zitelmann und Richard Loening herrührt, wonach die Gesetze überhaupt nicht als Imperative, vielmehr nur als Aussagesätze verstanden werden dürfen. So ergeben sich die drei Fragen, die nunmehr in umgekehrter Reihenfolge einer Prüfung unterzogen werden sollen.

Der Auffassung der Norm als eines Imperativs ist Zitelmann (Irrtum und Rechtsgeschäft [1879] 222) mit der Bemerkung entgegengetreten, daß in ihr nur ein „allgemeines hypothetisches Urteil" gefunden werden dürfe. „Das objektive Recht selbst aber ist nur eine Reihe von lauter hypothetischen Urteilen (Wenn—so), also Ist-Sätzen" (S. 208). Freilich kann

zweifelhaft sein, ob Zitelmann auch heute noch bei dieser seiner Auffassung stehen geblieben ist. Dagegen dürfte nicht nur die allgemeine Einlenkung sprechen, die er in seinem späteren Werke (Internationales Privatrecht 1 [1897], 42 Anm. 2) niederlegt, sondern auch verschiedentliche Wendungen, die von „Befehlen" des objektiven Rechts reden (ebenda 1, S. 43 a. E., 44, 107 u. a. m.) Da jedoch Zitelmann mit jener ersten Ausführung zwar manchem Widerspruche begegnet war (Mein Rechtsbegriff, in GrünhutsZ. 7 [1880], 247; Bierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe 2 [1883], 282 fg.; Juristische Prinzipienlehre 3 [1905], 178; Binding, Handbuch des Strafrechts 1 [1885], 158; Seligmann, Der Begriff des Gesetzes [1886] 30 N. 3 und die hier Zitierten; Litten, Die Wahlschuld [1903] S. 2 N. 5; 4 N. 11); andernseits aber auch Beifall gefunden hatte (R. Loening, Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht [1885] S. VI), und da Zitelmann ferner sich auf Sigwart stützen zu können meint, erscheint es ratsam, vor einem Weitergehen solchem Einwurfe kürzlich zu entgegnen.

Zitelmann begründet seine Ansicht S. 222 mit folgender Ausführung.

„Jeder Rechtssatz lautet: ‚Wenn . . . ., so sollst du'. Man hat für dieses ‚so sollst du' — ich nenne diesen Teil die ‚Norm' — neuerdings Eigenschaft und Namen eines Imperativs in Anspruch genommen. Dadurch ist man notwendig zu Fehlschlüssen gelangt, denn bei einem Imperativ könnte freilich von einem Kausalverhältnis in dem oben erörterten Sinne nie die Rede sein. Der wahre Imperativ enthält ‚ein individuelles und unübertragbares Moment', ist kein Urteil und gehört deshalb gar nicht in die Logik (Sigwart, Logik 1, 17); darum kann ein Imperativ auch nie Glied eines hypothetischen Urteils sein, weil in einem

solchen eine Beziehung zwischen zwei Urteilen ausgesagt wird. . . . ‚Töte nicht‘ ist ein Imperativ; ‚du sollst nicht töten‘ ist ein Urteil, du ist Subjekt, sollst &c. ist Kopula und Prädikat, und dieses Urteil ist eine Aussage über eine bereits vorliegende Beziehung. Man kann sich von dem hier behaupteten Unterschied, der für alles weitere grundlegend ist, durch eine einfache Probe überzeugen. Man kann einem anderen sagen: du sollst nicht . . . ., und würde seh. mißverstanden sein, wenn interpretiert würde: ich will, daß du nicht . . . .; im Gegenteil, ich will vielleicht gerade, daß der andere die Handlung begehe und teile ihm nur mit, daß er sie zu unterlassen verpflichtet sei.“

So weit Zitelmann. Prüfen wir zunächst, ob er sich hierfür in der Tat auf Sigwart berufen kann. Dieser stellt bei Abgrenzung der Denkakte, die Urteile genannt werden „von den Sätzen, welche die Grammatik aufführt, . . alle diejenigen beiseite, welche, wie Imperative und Optative, ein individuelles und unübertragbares Moment enthalten“. Allein in der zweiten Auflage (Sigwart, Logik 1² [1889] S. 17, 18) setzt Sigwart, wie es scheint, bestimmt durch die irrtümliche Aufnahme, die jene Worte gefunden hatten, sofort in der Anmerkung hinzu:

„Der Imperativ: Schweige! drückt natürlich aus: ich will, daß du schweigst; aber er beabsichtigt direkt nicht diese Tatsache mitzuteilen, sondern den Willen des Angeredeten zu bestimmen, er verlangt nicht Glauben an seine Wahrheit, sondern Gehorsam. . . Auch die Form ‚du sollst‘, in der solche Gebote, wie im Dekalog, auftreten, drückt zunächst nichts anderes aus . . in ‚du sollst‘ liegt zunächst nichts anderes als im einfachen Imperativ, die Eröffnung eines Gebots an den Angeredeten, den ich von dem Willen eines anderen, sei's ein Dritter oder auch ich selbst, abhängig denke.“

Nur betont Sigwart mit Recht, daß immerhin in dem „du sollst" eine Zweideutigkeit liege, die in dem einfachen Imperative nicht zu finden sei. In jener Form könne zwar auch ein Befehl gegeben, ebenso aber auch — je nach den Umständen, z. B. bei einer bloßen Mitteilung seitens eines Dritten — nur eine Behauptung aufgestellt werden.

„Die bloße grammatische Form ist also kein untrügliches Zeichen, daß wir es mit einer Behauptung" — ich setze hinzu: oder mit einem Imperative — „zu tun haben. Eine Behauptung ist nur ein solcher Satz, der seinem Sinn nach wahr sein will, und für den die Frage gestellt werden kann, ob er wahr oder falsch ist."

Mithin enthält die imperative Form allein — nur dies will Sigwart betonen — den unzweideutigen Ausdruck eines Befehls. Die Form „du sollst" dagegen kann beides sein, Befehl oder Behauptung. Ob sie das eine oder andere ist, müssen die Umstände, insbesondere der Zweck des Redenden, ergeben. Und weiter darf man hinzufügen: der Befehlswille kann sich auch noch anderer Satzformen bedienen. So sind Befehle in Fragform nicht selten. Wendungen wie: „willst du das gleich hergeben?" oder: „willst du gleich hinausgehen?" sind oft im Leben zu hören. Ja, es kann sich auch der Befehl, sogar in sehr energischer Weise, durch den Gebrauch bloßer Hauptwörter bekunden. So bei dem Kommando in militärischen Verhältnissen oder auf See. Niemand wird zweifeln, daß die Worte: „Steuerbord", „Backbord" im Munde des Kapitäns einen strikten Befehl an den Führer des Ruders enthalten. Ebenso das Kommandowort: „Feuer!" im Felde. Unter anderen Verhältnissen würde freilich dem gleichen Worte eine andere Bedeutung zukommen. In fragender Form zu jemand gesprochen, der sich eine Zigarre anzuzünden wünscht, könnte es das freundliche Erbieten von Feuer bedeuten — und wieder

in anderen Fällen wird der Schreckensruf: „Feuer!“ Kunde geben sollen von ausgebrochenem Brande. Das bekannte Wort: c'est le ton, qui fait la musique gilt auch hier.

Man sieht, die imperative Form ist nicht die einzige, die einem Befehl Ausdruck zu geben vermag. Man kann sich hierzu auch anderer Sprachformen bedienen. Ja, es bedarf hierzu nicht einmal der Worte. Auch Hornsignale, Flaggenhissen u. dgl. können dem gleichen Zwecke dienen — ebenso auch eine energische Gebärde. Jedes Mittel genügt, das tauglich ist, den Adressaten, von dem man Gehorsam erwartet, zu einem gewissen Verhalten zu bestimmen.

Freilich sagt Zitelmann weiter:

„Der wahre Imperativ enthält ein ‚individuelles und unübertragbares Moment‘ (Sigwart a. a. O. 17). . . . . Rechtsnormen können ihrem Wesen nach niemals Imperative sein, schon um deshalb nicht, weil sie allgemein gelten wollen.“

Aber auch hierin wird man Zitelmann nicht folgen können. Jedes Kommando, das ein Oberst einem ganzen Regimente erteilt, beweist uns das Gegenteil. Auch darf sich Zitelmann nicht auf Sigwart berufen: jedenfalls seit dessen zweiter Auflage nicht weiter. Denn dieser bemerkt S. 18 ausdrücklich:

„An dieser nächsten und gewöhnlichen Bedeutung des Imperativs als Ausdruck eines bestimmten individuellen Willens wird nichts Wesentliches geändert, wenn er als Form eines allgemeinen Gesetzes auftritt. Indem der Gesetzgeber den Staatsbürgern oder den Religionsgenossen mit einem Imperative gegenübertritt, verhält er sich zu ihnen wie der Einzelne zu dem Einzelnen: er spricht nicht, um eine Wahrheit mitzuteilen, die geglaubt, sondern um ein Gebot zu verkündigen, das befolgt werden soll . . der Inhalt des Aus-

gesprochenen ist nicht die Mitteilung einer Wahrheit, sondern die Aufforderung, das eine zu tun, das andere zu lassen." Prüfen wir das Gesagte an einem Beispiele. Das BGB. sagt in § 433[2]:

„Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen."

Der nämliche Satz könnte wörtlich in einem beliebigen Lehrbuche des bürgerlichen Rechts sich finden. Doch würde ihm hier eine andere Bedeutung innewohnen. Im Lehrbuche würde er eine Behauptung enthalten, und zum Beleg für deren Richtigkeit würde eben auf § 433[2] BGB. Bezug genommen werden können. Enthält aber auch dieser Paragraph nur ein Urteil, zu dessen Bekräftigung auf das Lehrbuch verwiesen werden könnte? Sicherlich nicht. „Die Rechtsordnung gebietet, sie urteilt nicht. Sie sagt nicht als Urteil, sondern als Imperativ: ‚du sollst' . . ." (Litten, a. a. O. 2 Anm. 5.) Enthielte der Satz lediglich ein Urteil, so stünde seine Wahrheit auf schwachen Füßen. Man könnte sie damit begründen wollen, daß jene Verpflichtung des Käufers schon vor dem BGB. bestanden habe und durch den § 433 nur bestätigt worden sei. Dies würde in unserem Beispiele allerdings zutreffen, obschon die Abnahmepflicht des Käufers gemeinrechtlich bestritten war. In anderen Fällen würde jedoch auch dieser Ausweg offenbar versagen. So etwa in dem Falle des Schaumweingesetzes vom 9. Mai 1902, das die Verpflichtung zur Zahlung der Schaumweinsteuer neu einführte.

Auch der Weg, den R. Loening a. a. O. einschlägt, wird sich als ungangbar erweisen. Auch Loening sieht zunächst, in Uebereinstimmung mit Zitelmann, im objektiven Rechte „eine Reihe allgemeiner hypothetischer Urteile" — nur mit der „Besonderheit, daß hier die Wahrheit der abstrakten Deklarierung des hypothetischen Urteils durch die Staatsautorität beglaubigt und für die Staatsorgane maßgebend ge-

macht, mit fides publica versehen ist. . . . Nicht bloß res indicata, sondern auch lex lata pro veritate accipitur!" — Nun wird der Gedanke, daß der öffentliche Glaube, wie etwa beim Grundbuch, nur eine Rechtsvermutung für die Richtigkeit des Satzes begründen, einen Gegenbeweis jedoch nicht ausschließen solle, von vornherein aufzugeben sein. Denn wie sollte, angesichts des § 433 [2] BGB., ein Gegenbeweis dahin unternommen werden, daß nach dem objektiven Rechte ein Käufer niemals verpflichtet sei, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen? Es würde sich hier vielmehr nur um eine praesumptio iuris et de iure handeln können, mithin um eine Fiktion der Richtigkeit jenes Ausspruchs. Dann würde jeder Rechtssatz, der eine Verpflichtung ausspricht, mithin auch unser § 433 [2] BGB., bei näherer Betrachtung folgenden Inhalt gewinnen: es wird behauptet, daß der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises ꝛc. verpflichtet sei — diese Behauptung darf aber nicht auf ihre Wahrheit geprüft werden, soll vielmehr unter Ausschluß des Gegenbeweises als wahr hingenommen werden. Eine solche Deutung würde mir jedoch überaus gekünstelt scheinen. Nur um den Satz: „der Käufer ist verpflichtet ꝛc." als (hypothetisches) Urteil zu retten, würde in ihm zunächst eine Behauptung erblickt, jedoch sofort in Gedanken ein — nirgends ausgesprochener! — Befehl angeknüpft werden, den Satz für richtig zu erachten. Den Befehl kann mithin auch diese Konstruktion nicht entbehren. Weit natürlicher scheint es mir alsdann, diesen Befehl sofort in dem Worte des Gesetzes „der Käufer ist verpflichtet" zu erblicken. Freilich wird unten, an entscheidender Stelle, noch auszuführen sein, daß allerdings in solchen Sätzen ein Zwiefaches steckt: einmal und vornehmlich ein bedingter Befehl, erlassen an den, der den Tatbestand (hier des Kaufens) erfüllt hat — zweitens aber, in der öffentlichen Verkündigung dieses Befehls, die Bekanntgabe an jedermann, daß bedingt befohlen worden sei. Auch in diesem Sinne gilt

das Wort Regelsbergers: „die Rechtsordnung ist — nicht bloß Herrscherin und zwingende Macht, sie ist auch Lehrmeisterin und Erzieherin.“ (Regelsberger, Pandekten 1 [1893], 59.) Hier aber kam es nur darauf an, den nächsten und obersten Inhalt jeder Norm, ihren imperativen Inhalt zu erweisen.

Normen sind es mithin, Gebote und Verbote, nicht bloß Aussagesätze, welche die Rechtsordnung aufstellt. Allein Normen, wird neuerdings behauptet, die keineswegs an die Allgemeinheit ergehen. Nur den staatlichen Behörden, insbesondere den Richtern, sollen sie gelten und diesen den Befehl geben, unter gewisser Voraussetzung einzuschreiten, zu zwingen oder zu strafen. Die Voraussetzung sei jedoch nicht die Uebertretung einer Rechtsnorm, die den Nichtbeamten überhaupt nicht treffe, vielmehr ausschließlich die Uebertretung einer „Kulturnorm“. (Max Ernst Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen [1903].) Diese auf den ersten Blick verblüffende Lehre muß auf ihre Haltbarkeit um so mehr geprüft werden, als Mayer in keinem Geringeren als Jhering in gewissem Umfange einen Vorläufer seiner Gedanken gehabt hat. (von Jhering, Der Zweck im Recht 1[3] [1893] S. 332, 337, 350). Immerhin werden wir nicht nötig haben, bei ihr allzulange zu verweilen, da sie erst jüngst von Gerland eine ebenso eingehende wie zutreffende Würdigung erfahren hat (Gerland, KrVJSchr. 46 [1905], 417 fg.).

An die Spitze seiner Ausführungen stellt Mayer den Satz:

„Alle Gesetze wenden sich an die Verwalter der Gesetze; die Organe des Staates, die berufen sind, die Gesetze zu handhaben, sind die einzigen Adressaten der Befehle, die das Gesetz gibt. An den Richter —

um es, wenn auch ungenau, so doch anschaulicher zu sagen — an den Richter wendet sich das Gesetz. Die Rechtssätze regeln das Verhalten des Richters, für ihn sind sie Normen, Rechtsnormen, weil sie Sätze des objektiven Rechts sind" (S. 4, 5).

Und wohl verstanden, Mayer verficht diese These allen Gesetzen gegenüber: sie soll nicht etwa nur für die Strafgesetze gelten (S. 7, 21, 73). In älterer Zeit, „im Kindesalter der Völker" (S. 19), möge dies anders gewesen sein; da hätten sich die Gesetze unmittelbar an die Volksgenossen gerichtet. Heute aber sei es „verkehrt, im Gesetze einen Befehl an die Untertanen zu sehen" (S. 13). Die Gesetze ergingen zwar „für das Volk, aber an den Richter" (S. 35). Demzufolge könne nur der Richter das Gesetz befolgen oder übertreten (S. 41). Die Volksgenossen würden nicht durch die Gesetze verpflichtet: sie ständen ausschließlich unter der Herrschaft der „Kulturnormen". Dieser Ausdruck aber solle als Sammelname gebraucht werden „für die Gesamtheit derjenigen Gebote und Verbote, die als religiöse, moralische, konventionelle, als Forderungen des Verkehrs und des Berufs an das Individuum herantreten" (S. 17). Nur wenn solche Kulturnorm seitens des einzelnen übertreten worden sei, habe nunmehr der Richter einzuschreiten; das Wie bestimme diesem das Gesetz. Erst sein Urteil verpflichte sodann von Rechts wegen die Partei (S. 45, 46).

Was Mayer bewogen hat, in so radikaler Weise Kulturnormen an Stelle der Rechtsnormen zu setzen und nur jene maßgebend sein zu lassen für das Verhalten des Volks, tritt an anderer Stelle zu Tage. Es ist das Bedürfnis nach einer „Rechtfertigung des Rechts" (S. 16). Dem Verfasser ist es eine „unbestreitbare Tatsache, daß das Volk die Rechts-

sätze nicht kennt. Jedes Wort hierüber ist zu viel" (S. 6). So beschleicht ihn das beklemmende Gefühl, „warum es dem Individuum nicht als staatliche Willkür erscheinen muß, gerichtet zu werden nach Gesetzen, die es nicht kennt noch zu kennen verpflichtet ist" (S. 16). Die Lösung wird darin gefunden, „daß die Rechtsnormen übereinstimmen mit Kulturnormen, deren Verbindlichkeit das Individuum kennt und anerkennt" (S. 16). Die Kulturnormen werden hiernach als eine Art Aether gedacht, der die Seelen wenigstens normaler Menschen ständig durchdringt.

Nun ist es gewiß richtig, daß der Inhalt unserer Rechtsnormen in tausend und abertausend Fällen sich mit dem deckt, was auch andere ethische Mächte bestimmen. Religiöse Anschauungen, die Stimme des Gewissens, Anforderungen der Sitte und des sozialen Zusammenlebens, Brauch der Väter und dergleichen wird vielfach zusammenstimmen mit dem, was der Staat in seinen Gesetzen erheischt. Ja, in älteren Zeiten liegen solche Momente noch ungeschieden beieinander. Eine Differenzierung erfolgt erst, falls man sich des Ursprungs jener Gebote bewußt wird — falls man das religiöse Gebot auf eine Gottheit, das Moralgebot auf das eigene Gewissen, das Rechtsgebot auf den Staat oder ein anderes menschliches Gemeinwesen (Verein, Gemeinde, Kirche ꝛc.) als auf seine Quelle zurückführt. (Mein Rechtsbegriff in GrünhutsZ. 7 [1880], 249 fg.) Zutreffend erkennt auch Mayer die Wechselbeziehung solcher Kräfte an. Er lehrt selbst, daß die Kultur die Rechtsbildung, aber auch diese die Kultur vielfach beeinflusse und befruchte — demgegenüber freilich befremdlich bleibt, warum Mayer unter den Faktoren, die seine Kulturnorm bilden, eben diese Rechtssatzung nicht mitaufzählt. Die Kongruenz der Kultur- und Rechtsnormen wird sich zunächst auf strafrecht-

lichem Gebiete bekunden. Sätze, wie: Du sollst nicht töten, nicht ehebrechen, nicht stehlen, nicht falsch Zeugnis reden wider deinen Nächsten ꝛc. ꝛc., werden gleichermaßen auf religiöse Vorstellungen, auf die Stimme des Gewissens, auf Brauch und Sitte und Bedürfnis menschlichen Zusammenlebens wie auf staatliches Gesetz zurückgeführt werden können. Bilden doch solche, mit Strafandrohung ausgestattete Normen bei jedem Kulturvolk den eisernen Bestand seiner Strafgesetzgebung. Ebenso wird der Satz vom Zusammentreffen dessen, was Mayer Kulturnorm benennt, mit unserer Rechtssatzung in ungezählten Fällen auch auf privatrechtlichem Gebiete sich bewähren. So namentlich, wenn es sich um Erfüllung privatrechtlicher Verbindlichkeiten handelt. Kauf, Tausch, Miete können als Beispiele dienen, ebenso aber nach heutigem Rechte auch Darlehn und abstraktes Schuldversprechen. Denn alle Verträge sind heute so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern — und nach dem nämlichen Grundsatze ist auch die Leistung von Seiten des Schuldners zu bewirken (§§ 157, 242 BGB.). So sind heute sämtliche Schuldverträge bonae fidei negotia und die sich aus ihnen entspinnenden Rechtsstreitigkeiten bonae fidei iudicia. Was Treu und Glauben erfordern und was im Verkehre üblich ist, kann nun als Kulturnorm bezeichnet werden. Mayers These würde mithin auch hier nicht zu falschen Ergebnissen führen.

Indessen auch da, wo Kulturnorm und Rechtssatz im großen und ganzen sich decken, werden doch die Grenzen der jeweiligen Gebiete nicht überall gleich abgesteckt sein. Gewiß entspricht das Verbot: du sollst nicht betrügen noch fälschen einer allgemeinen Kulturnorm. Doch wird man schwerlich sagen wollen, die Begriffe Betrug und Fälschung würden im Leben genau so verstanden, wie sie in den §§ 263, 267 StGB. gegeben sind.

Wozu alsdann diese minutiöse Fassung? Warum nicht einfach dem Richter sagen, Betrug soll mit Gefängnis bestraft werden und Fälschung ebenso? Ist er doch, als Laie wie als gelehrter Richter, ebenfalls ein Glied seines Volks und des Inhalts der Kulturnorm sich so gut bewußt wie jeder andere Volksgenosse. Es bliebe unverständlich, wozu die näheren Bestimmungen jener Paragraphen dem Richter weitere Fesseln anlegen wollten. Die Maschen des Gesetzes würden nur dazu dienen, dem Uebertreter der Kulturnorm ein Durchschlüpfen zu ermöglichen.

Schlimmer aber stände die Sache in den immerhin nicht seltenen Fällen, in denen ein neues Gesetz (nach der hier vertretenen Auffassung) tief in das Leben des Volks eingreift, indem es Regeln des Verhaltens aufstellt, die der seitherigen Uebung — mithin der bisherigen Kulturnorm — vollkommen fremd waren, ja die sich vielleicht zu ihr in feindlichen Gegensatz stellen. Die Möglichkeit solchen Vorkommnisses erkennt auch Mayer an. Er tröstet sich jedoch mit dem Gedanken, daß die Kultur sich des Gesetzesinhalts bald bemächtigen werde und daß alsdann aus dem Gesetzesbefehl, der zunächst nur an die Deckadresse des Richters ergangen war, eine wahre Kulturnorm werde, die nunmehr auch vom Volke befolgt werden müsse (S. 23). Gewiß ein Korrektiv für die Folgezeit. Allein für die Zwischenzeit, ehe das Gesetz sich eingelebt hat, böte die Auffassung Mayers ein trübes Bild, voller Unbilligkeit und voll schreienden Mißklangs.

Nehmen wir ein Beispiel. Das StGB. § 145 bedroht denjenigen mit Strafe, der „die vom Kaiser zur Verhütung des Zusammenstoßens der Schiffe auf See . . erlassenen Verordnungen übertritt". Ein Blankettgesetz, das erst der Ausfüllung durch Kaiserliche Verordnungen harrt. Solche sind ihm verschiedentlich geworden, zuletzt durch die Verordnung vom 18. Oktober 1903, das Ruderkommando betreffend. Es ist

bekannt, daß die hier vorgeschriebenen einschneidenden Aenderungen betreffs des Ruderkommandos an der Wasserkante keineswegs sich allgemeiner Zustimmung erfreuen, ja daß sogar — wenn auch zu Unrecht — in Hamburg Zweifel entstanden sind betreffs der Zuständigkeit der Kaiserlichen Verordnung. Ich erwähne dies nur zu dem Zwecke, um auch damit zu zeigen, daß der Väter Brauch, die Kulturnorm der Schiffer, jedenfalls bis dahin ein anderes Kommando beobachtete und daß nicht etwa die neue Kommandoform der Kaiserlichen Verordnung vorausgeeilt war. Nach Mayer verblieb es zunächst auch bei jener alten Kulturnorm. Das neue Kommando war zwar strikt im Reichsgesetzblatt vorgeschrieben. Aber die Schiffer lesen dies nicht und brauchen es nicht zu lesen. Nur der Richter hätte die Verordnung zu beachten. Im juridischen Examen dürfte allenfalls nach den Voraussetzungen des § 157 StGB. und damit nach unserer Verordnung gefragt werden, in der Schifferprüfung nicht, obschon unter den Gegenständen dieser Prüfung selbstverständlich aufgezählt wird: „Kenntnis der Vorschriften über das Ausweichen der Schiffe". Erst wenn Uebertretungen der Verordnung wiederholt vom Richter mit Strafe belegt worden wären, erst nachdem vielleicht unsägliches Unheil durch Nichtbeobachtung der neuen Vorschrift angerichtet worden, erst dann hätte sich die Verordnung „eingelebt" und vollzöge sich die Umwandlung des allein an den Richter adressierten Satzes in eine Kulturnorm der Schiffer. Wie mich bedünkt, ein widersinniges und unerträgliches Ergebnis.

Ich greife noch ein zweites Beispiel heraus, das uns aus dem engen Kreise eines einzelnen Berufs in die breite Oeffentlichkeit einführen mag. Als mit dem 1. Januar 1876 das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes in Kraft trat, war damit auch in § 41 verkündet:

„Innerhalb des Gebietes des Deutschen Reichs kann eine Ehe rechtsgültig nur vor dem Standesbeamten geschlossen werden."

Das Reich hatte damit für sein ganzes Gebiet eine neue Form der Eheschließung eingeführt. Brautleute konnten fortan nur durch Beobachtung dieser Vorschrift in den Augen des Staats Ehegatten werden. Die bisherigen Formen der Eheschließung, die Tridentinische Erklärung **parocho et duobus testibus praesentibus** wie die protestantische Trauung, genügten fortan nicht mehr. Wollten die Verlobten in der bürgerlichen Gesellschaft als Ehegatten gelten und damit die tausend und abertausend Wechselbeziehungen auslösen, die die Rechtsordnung an ein Eheverhältnis anknüpft, so konnten sie dies fortan nur durch die obligatorische Ziviltrauung erreichen. Ein Eheschluß allein in der bisherigen kirchlichen Form hätte dies nicht zu Wege gebracht, wohl aber den Religionsdiener nach § 67 in Strafe fallen lassen. Nun ist es gemeinkundig, daß die Ziviltrauung, mochte auch ihre Einführung für das Reich ein unabweisliches Bedürfnis geworden sein, doch der durch jahrhundertlange Gepflogenheit tief ins Herz gewachsenen religiösen Empfindung der großen Menge nicht entsprach. Wenn je eine rechtsgeschäftliche Form sich in das Volksgemüt eingelebt hatte, so war es die des kirchlichen Abschlusses der Ehe. Es war dies zweifellos eine Kulturnorm im vollsten Sinne. Demgemäß hätte aber auch diese Kulturnorm nach Mayer durch das Personenstandsgesetz eine Umwandlung zunächst weder erleiden können noch sollen. Dem Volke, Männern wie Weibern, hätte ja das Gesetz überhaupt nicht gegolten. Auch wäre der Abdruck im Reichsgesetzblatt nur eine ganz ungenügende Form der Belehrung gewesen. Nur dem „Richter" hätte das Gesetz eine Rechtsnorm gegeben. Einmal die Religionsdiener in Strafe zu nehmen — und dies, obschon sie, alter Kulturnorm folgend,

nur ein Reichsgesetz übertraten, das ihnen nicht galt! Dann aber namentlich alle weiterhin in alter Form und mithin in voller Befolgung der bisherigen und noch geltenden Kulturnorm geschlossenen Ehen als Nichtehen zu behandeln. Offener Widerstreit zwischen Recht und Kultur — bis endlich, allerdings wohl in nicht zu ferner Zeit, die Kultur sich entschlossen hätte, das neue Gebot auch in ihren Kreis mitaufzunehmen.

Immerhin hätten wir in solchen Fällen, die sich leicht mehren ließen, nur einen vorübergehenden Zwiespalt zwischen Recht und Kultur im Sinne Mayers vor uns. Allein es gibt auch — leider müssen wir sagen — Fälle genug, in denen ein solcher Konflikt in Permanenz erklärt ist. Die Eidespflicht auch derer, die aus Gewissensgründen einen Eid zu leisten sich scheuen und denen doch das Sonderrecht des § 155 StGB. nicht zu gute kommt — die Zeugnispflicht der Redakteure — die Strafdrohung wider den Zweikampf, den zu bestehen Offiziere wenigstens nach der Sitte ihres Standes und auch nach Mayers Ansicht kraft des Imperativs einer Kulturnorm genötigt sind (S. 104): dies und manches andere bildet einen unschönen Zug in dem Bilde unseres modernen Rechtslebens. Die staatliche Rechtsnorm befindet sich hier in Zwiespalt mit dem Rechtsbewußtsein vieler und selbst ganzer Klassen von Personen. Hier ist der Kritik des Gesetzes das Feld geöffnet. Die Frage nach dem „richtigen Rechte" drängt sich auf. Es kann ja das Gesetz schlecht befunden werden und die Sitte gut: ebenso aber auch umgekehrt. Allein in dem einen wie in dem anderen Falle ist daran festzuhalten, daß die Rechtsnorm, solange sie besteht, sich durchsetzen muß und daß Erfüllung zu erzwingen und selbst Strafe zu verhängen ist, wo von Mayers Standpunkt aus die Uebertretung weder einer (nur an den Richter ergangenen) Rechtsnorm noch einer Kulturnorm vorliegt. Wenn Mayer sich über diese Schwierigkeit

mit der Bemerkung hinweghilft, seine „Theorie habe sich an dem Punkt, an welchem ihr die Tatsachen widersprechen, als kritisches Prinzip bewährt" (S. 27), so läßt diese Wendung meines Erachtens an Kritik nicht viel erkennen.

Es gibt sonach offenbare Fälle, in denen eine Reaktion gegen Normwidrigkeit sogar in Gestalt von Strafverhängung eintritt, obschon die Normwidrigkeit — bei völlig kulturgemäßem Verhalten — nur Rechtsnormwidrigkeit, keine Kulturnormwidrigkeit im Sinne Mayers sein kann. Angesichts solchen Zugeständnisses hat es nur geringe Bedeutung, wenn Mayer selbst für ein weites Feld, nämlich für das gesamte Verwaltungsstrafrecht, die Tatsache anerkennt, daß hier allein die Rechtsnorm es ist, die dem Bürger Pflichten auferlegt — Pflichten, die freilich weder in Widerspruch noch in Uebereinstimmung mit Kulturnormen stehen, „weil die Kultur die betreffende Materie überhaupt nicht ergreift" (S. 115, 122). Immerhin legt dies Zugeständnis die Frage nahe — da hier das Gesetz sich an das Volk wendet und den Bürgern unvermittelt Pflichten auferlegt — ob nicht auch sonst und überall dem Gesetze die nämliche Funktion zukommt. Aus der Fassung der Gesetze ist jedenfalls eine derartige Scheidung nicht zu entnehmen. Und das Gegenargument, das Volk kenne die Gesetze nicht und sei nicht in der Lage, sie zu kennen, vermag nicht zu genügen. Für ältere Gesetzgebungen gibt Mayer selbst zu, daß sie sich unmittelbar an die Adresse des Volks richteten. Es wäre wohl auch zu kühn, sich etwa den Dekalog nur an „Richter" adressiert zu denken. Ebenso weisen die verschiedensten Wendungen des Zwölftafelgesetzes — das ito, manum endo iacito, in ius ducito, secum ducito, vincito, viam muniunto, mulieres genas ne radunto und andere — mit zwingender Notwendigkeit darauf hin, daß die Bürger selbst die Angesprochenen waren. Aber auch das große

und schwierige Digestenwerk wird in der constitutio Tanta „ad senatum et omnes populos" ausdrücklich adressiert; ebenso werden im weiteren Verlaufe, wie im § 19, „omnes orbis terrarum homines" besonders apostrophiert. Nun wolle man beachten, wie viel schwieriger es zu jener Zeit gewesen sein muß, sich genaue Kenntnis des Gesetzesinhalts zu verschaffen! Wie ist dies demgegenüber heute erleichtert. Freilich ist der authentische Wortlaut eines jeden Reichsgesetzes nur dem Reichsgesetzblatt zu entnehmen. Dies mußte aber — wie ich gegen Mayer (S. 12) bemerke — verständigerweise sofort in der Reichsverfassung bestimmt werden, um damit auf die eine und einzige Stelle authentischer Belehrung zu verweisen. Blieb es daneben doch der Privatindustrie unbenommen, den Abdruck etwa des BGB. in ungezählten Exemplaren zu verbreiten. Und vielen Tausenden ist wirklich auch das Gesetzbuch zugänglich geworden. Mehr aber ist nicht zu verlangen. Auch unsere deutschen Juristen kennen die Reichsgesetze nicht sämtlich und können sie nicht sämtlich kennen. Aber wenn sich Mayer hier (S. 31, 129) mit einem Kennensollen begnügt, so brauchte er nicht davor zurückzuschrecken, dies Kennensollen weiter auszudehnen. Das Kennenkönnen liegt wenigstens für alle Volksgenossen in gleicher Weise vor, für den Laien wie für den Richter. Es ist daher kein Grund zu finden, sie nicht alle als Adressaten der Gesetze gelten zu lassen, die ihrerseits ihre Adresse nicht einschränken.

Nach alledem scheint mir Mayer den Beweis seiner These nicht erbracht zu haben. Bei aller Anerkennung der lebendigen und ungemein fesselnden Darstellung und trotz geistvoller Bemerkungen im einzelnen ist doch der Grundgedanke seiner Schrift verfehlt. Seine Lehre ist meines Erachtens historisch unbegründet, dogmatisch unhaltbar, im Leben undurchführbar. So ist zu hoffen, daß ihr trotz ihrer bestrickenden

Fassung weitere Werbekraft nicht innewohnen wird. Heillose Verwirrung würde sonst bei ihrer Annahme in drohender Aussicht stehen.

Weit ernster als diese Angriffe Mayers sind die Einwendungen zu nehmen, die Freiherr Alexander Hold von Ferneck gegen die Allgemeingeltung der Normen erhebt. Sein Werk: Die Rechtswidrigkeit, Bd. 1 (1903); Bd. 2 Abt. 1 (1905) hat mich zu eingehender Nachprüfung meiner Thesen veranlaßt. Und um so mehr war ich hierzu genötigt, als v. Ferneck mit mir von der nämlichen Grundanschauung ausgeht und aus ihr die auf den ersten Blick unausweichlichen Folgerungen zieht. Auch für v. Ferneck wie für mich ist das gesamte Recht einer Gemeinschaft — ich werde des ferneren nur von der staatlichen Gemeinschaft reden — nur ein Komplex von Imperativen; er bekennt sich — wie ich — zur Imperativentheorie. Da nun diese staatlichen Befehle erlassen wurden, um das Verhalten derjenigen zu bestimmen, an die sie sich richten, mithin um Motivationen zu geben, folge mit innerer Notwendigkeit, daß solcher Motivationsversuch nicht unternommen werden könne und nicht unternommen werde gegenüber Personen, auf welche bestimmend zu wirken von vornherein ausgeschlossen sei. So seien Geisteskranke und Kinder „untaugliche Befehlsempfänger". „Die tauglichen Adressaten sind grundsätzlich die Zurechnungsfähigen. Zurechnungsfähigkeit ist ja normale Bestimmbarkeit durch Motive" (Bd. 2 S. 3). Es müßte doch auch als widersinnig empfunden werden, wenn das Gesetz einem „Säuglinge" Befehle zukommen ließe. „Würde der Gesetzgeber das voraussichtlich Unerreichbare trotzdem wollen, so müßte ihm das Prädikat der Vernünftigkeit . . unweigerlich abgesprochen werden" (Bd. 2 S. 29).

Unumwunden räume ich das Bestechende dieser Ausfüh-

rungen ein. Ich gebe zu, daß die von uns beiden vertretene Imperativentheorie auch zu diesen weiteren Schlußfolgerungen v. Ferneck's zu drängen scheint. Wenn ich trotzdem meinem jugendlichen Kollegen auf diesem Wege nicht zu folgen vermag, vielmehr — ohne Preisgabe unseres gemeinschaftlichen Stützpunktes — seinem weiteren Vordringen ein Halt zurufen möchte, so befinde ich mich in der schwierigen oder mindestens unbequemen Lage dessen, der mit umgekehrter Front gegen einen bisher Verbündeten sich wenden muß. Möge er in meinen Ausführungen ein Zeichen sehen, welche Bedeutung ich seinem schönen Werke beimesse. Ihm wie mir, dessen bin ich überzeugt, kommt es ja lediglich darauf an, auf dem Wege der Erkenntnis womöglich einen Schritt weiter zu gelangen.

Die Frage ist: ergehen die Befehle des Gesetzes, soweit sie überhaupt allgemeiner Art sind, auch an Kinder ohne Unterschied des Alters und sonach auch an den „Säugling"? Vielleicht könnte es nicht ratsam erscheinen, die Richtigkeit eines Satzes an einem Beispiele zu erproben, das, allzu grell gegeben, etwas ängstliche Augen leicht zu blenden und zu verwirren vermag. Auch ist die Frage der Ernährung des Kindes für unser Problem ohne Bedeutung. Indessen muß selbstverständlich ein Satz, der für alle Kinder gelten soll, auch auf den Säugling Anwendung finden. So sei denn auch hier der Säugling v. Ferneck's angenommen.

Die Beantwortung der gestellten Frage soll zunächst nach den Bestimmungen des geltenden Rechts versucht werden. Auch setze ich mich hierbei gelassen über den Vorwurf hinweg, überall da schon „als Jurist von Pflicht zu sprechen, so oft das Gesetz von Pflicht spricht", und, „an den Fachausdrücken der Advokatensprache klebend", auch da von Verpflichtungen zu reden, „wo es sich tatsächlich nur um einen gesetzlich gewährleisteten Eingriff in die Kasse eines Kindes . . handelt,

ohne daß auch nur der Schatten einer Determination vorliegt" (Bd. 2 S. 33, 34). Es wird später noch sattsam Gelegenheit sein, die Sprache der Gesetze auf ihre innere Berechtigung zu prüfen und deren Unentbehrlichkeit nachzuweisen.

Als Ausgangspunkt möge uns § 1 BGB. dienen:

„Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt."

Rechtsfähigkeit ist mithin jedem Menschen gleich mit seiner Geburt verliehen. Freilich, von einer entsprechenden Pflichtfähigkeit spricht der Paragraph nicht. Allein auch ohne solchen Zusatz liegt sein Sinn offen zu Tage. Jeder Mensch ist mit seiner Geburt tauglicher Träger von Rechtsverhältnissen. Diese aber sind aktiver wie passiver Art. Es ginge auch nicht an, in privaten Rechtsverhältnissen dem Kinde zwar die aktive Seite, die Berechtigung, zuzusprechen, niemals aber die passive Seite, die Belastung. Wie oft hängen beide Beziehungen auf das innigste zusammen! Nehmen wir ein Rechtsverhältnis aus gegenseitigem Vertrag: beide Teile sind Gläubiger und Schuldner. Beide sterben und werden von ihren eben geborenen Kindern beerbt. Jedes Kind ist Gläubiger: und gerade um deswillen muß auch jedes Schuldner sein. Als taugliche Träger subjektiver Rechte erkennt auch v. Ferneck die Kinder ausdrücklich an (Bd. 2 S. 17). Und wenn er weiterhin betont (S. 13), „daß jedem subjektiven Rechte eine Pflicht entspricht", so ist damit für unseren Fall die Pflichtfähigkeit beider Kinder gleichfalls gefordert. In diesem weiteren Sinne — Rechtsfähigkeit als Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben — wird denn auch unser Paragraph, soviel ich sehe, von sämtlichen Kommentatoren verstanden. Zu weiterem Belege möge noch auf die Bestimmung in § 50 ZPO. Bezug genommen werden:

„Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist."

Die Parteifähigkeit ist aber die „Fähigkeit, Subjekt eines Zivilprozesses zu sein. Sie schließt in sich die Fähigkeit, im eigenen Namen zu klagen und verklagt zu werden". (L. Seuffert, Kommentar [?] 68.) Hier wird ausdrücklich nicht zwischen Vorteil und Last, zwischen Recht und Pflicht unterschieden. Und doch bringt die Parteistellung auch Gefahren mit sich und legt ohne weiteres Haftungen auf, allein schon in Ansehung der Kosten des Verfahrens.

Vielleicht könnte man sagen: gut, die Fähigkeit auch des eben Geborenen, Subjekt rechtlicher Verpflichtungen zu sein, sei zugestanden. Aber in Wirklichkeit werde dieser theoretische Satz niemals zur Anwendung kommen. Denn das Kind, sollte es auch pflichtfähig sein, werde doch tatsächlich nie verpflichtet werden, da die verpflichtende Tatsache — der juristische Tatbestand — sich einem Kinde gegenüber nie verwirklichen könne. Der Satz von der Pflichtfähigkeit des Kindes wäre alsdann ein Theorem, das ohne jede reale Anwendbarkeit bliebe. Nun würde zwar für meine These die Anerkennung der Pflichtfähigkeit im Prinzipe völlig genügen. Denn um diese handelt es sich bei dem Streite allein. Um jedoch auch den gedachten Unterschlupf den Gegnern zu verbauen, mag vorerst kürzlich nachgewiesen werden, wie unendlich oft auch tatsächlich Kinder — gemeint sind immer solche unter sieben Jahren — von Rechtspflichten getroffen werden.

Freilich, das steht fest, ein Kind kann durch eigenes Handeln nicht verpflichtet werden. Die Gründe hierfür sind ebenso juristischer wie — namentlich bei dem Säuglinge — tatsächlicher Art. Rechtsgeschäfte sind ihm verschlossen, deliktsfähig ist das Kind ebenfalls nicht. Und wo nur immer anderweit zu einem juristischen Tatbestande eine gewisse Willensbetätigung erfordert wird — wie etwa bei dem Ansichnehmen eines Fundes und der hieran geknüpften Verpflichtung, § 965 BGB. —:

der Säugling jedenfalls ist auch hier nicht im stande, dies Erfordernis durch sein Handeln zu erbringen. Damit sind jedoch die Verpflichtungsmöglichkeiten keineswegs erschöpft. Es gibt eine Reihe von Fällen, in denen für jemand eine Verpflichtung ganz ohne sein Zutun entsteht. Alsdann trifft sie den Erwachsenen, nicht minder aber auch das Kind. Ein Hauptfall dieser Art wurde vorher schon berührt. Durch Erbgang gehen die Nachlaßverbindlichkeiten auf den Erben über — und die Erbschaft fällt nach heutigem Rechte dem Berufenen von Rechts wegen zu, wenn ihm auch die Befugnis, sie auszuschlagen, verbleibt. So können durch Erbgang Verpflichtungen auch einem Kinde zufallen. Eine Fülle von Beispielen könnte weiter erbracht werden. Man darf allgemein den Satz aufstellen: überall, wo das Gesetz eine Verpflichtung an einen Tatbestand knüpft, zu dem das Handeln oder doch das Verschulden des Verpflichteten nicht mitgehört, wird auch die Handlungsfähigkeit oder doch die Schuldfähigkeit des Verpflichteten nicht erfordert. In solchen Fällen wird auch das handlungsunfähige (oder doch schuldunfähige) Kind verpflichtet. Nur ein Anwendungsfall dieses Grundsatzes würde da vorliegen, wo lediglich für fremde Schuld einzustehen ist, wie etwa nach § 278 BGB. — Allein neben den gedachten Fällen, in denen (zumeist) eine Verpflichtung zu positivem Tun erwächst, dürfen die geradezu zahllosen Konstellationen nicht übersehen werden, in denen Verpflichtungen negativen Inhalts, Unterlassungspflichten, aus absoluten Rechten anderer auch für Kinder erwachsen. Jedes absolute Recht schützt seinen Träger gegen den Einbruch in seine Interessensphäre, mag er kommen, von wem er wolle. Und wenn auch Kinder unter sieben Jahren nicht leicht in der Lage sein werden, absolute Rechte anderer, wie Firmen-, Patent-, Urheberrechte u. dergl., zu beeinträchtigen: das wichtigste aller absoluten Vermögensrechte, das Eigentum,

ist auch durch Kinder verletzbar. Nun ist der Eigentümer gegen die unbegrenzte Menge geschützt; „er kann andere von jeder Einwirkung ausschließen", § 903 BGB. Das Störungsverbot ergeht mithin an alle Rechtsgenossen, Kinder nicht ausgenommen. — Endlich aber: können auch Geschäftsunfähige sich selbst nicht verpflichten, so können sie doch durch ihre gesetzlichen Vertreter verpflichtet werden. Was ein solcher im Namen des Vertretenen und innerhalb seiner gesetzlichen Vertretungsmacht an Verbindlichkeiten eingeht, begründet eine Verpflichtung des Kindes. Der Vertreter bleibt von dieser Verpflichtung unberührt.

Freilich wird dies letztere vielfach bestritten. Verblümt oder unverblümt kommt oftmals — und gerade in neuester Zeit wieder — der Gedanke zum Ausdruck, an Stelle der Verpflichtung des Kindes trete in solchen Fällen die Verpflichtung seines gesetzlichen Vertreters. So lehrte schon Zitelmann:

> „Der scheinbare Befehl an den Willensunfähigen ist zunächst ein Befehl an die willensfähige Person, die einem anderweiten Rechtsbefehl gemäß verpflichtet ist, in Vertretung des Willensunfähigen zu handeln." (Internationales Privatrecht 1 [1897], 47.)

Aehnlich auch Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit (1903) 43. Ebenso geht v. Ferneck von der Auffassung aus:

> „bei Vertretungsbedürftigen . . ergeht die Norm . . an die Vertreter als taugliche Befehlsempfänger" (Bd. 1 S. 281, 358).
> „Was man kurz als Pflichten von Kindern und Wahnsinnigen bezeichnet, sind in Wahrheit komplizierte Rechtserscheinungen, als deren zentraler Punkt die Pflicht des Vertreters zu gelten hat" (Bd. 2 S. 24).

Am energischsten wird dieser Standpunkt in jüngster Zeit wieder von Hölder vertreten:

„. . so ist klar, daß ein Kind oder ein Geisteskranker, dessen Willen das Recht ignoriert, . . durch die ihm zugeschriebene Verpflichtung, Verbindlichkeit oder Schuld zu nichts verpflichtet oder verbunden ist und nichts soll oder schuldet." „Der handlungsunfähige Mensch (ist) nur in uneigentlichem Sinne Subjekt der ihm zugeschriebenen Zuständigkeiten und Obliegenheiten . . die Erfüllung der einem Handlungsunfähigen zugeschriebenen Zahlungsverbindlichkeit kann ihm nicht obliegen; ist sie ihm doch nicht möglich. Sie liegt seinem Vormunde ob, so daß eine Verbindlichkeit oder Obliegenheit nicht sowohl des Mündels als des Vormunds vorliegt. . . Was ich erlange durch erfolgreiche Belangung des gesetzlichen Vertreters eines Handlungsunfähigen, das erlange ich nur nominell von diesem und in Wirklichkeit von jenem. Wie die nominellen Obliegenheiten des Mündels seinem Vormunde obliegen, so ist es der Vormund und nicht der Mündel, der etwas vermag durch dessen nominelles Vermögen. Die in dieses platzgreifende Zwangsvollstreckung ist ein gegen den Vormund geübter Rechtszwang. Er ist es, dem es obliegt, diesen Zwang zu dulden . ." (Hölder, Natürliche und juristische Personen [1905], S. 127, 189 fg.). Demgegenüber will es mir als ein offenbares qui pro quo erscheinen, eine Verpflichtung des Vertreters einfach an Stelle der Verpflichtung des Vertretenen zu setzen.

Gewiß erwachsen dem gesetzlichen Vertreter aus dieser seiner Stellung ebenfalls Verpflichtungen. Er hat nach bestem Wissen und Gewissen und weiter als Vormund rc. unter Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 1833 BGB.), als Vater rc. wenigstens mit gleicher Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten (§ 1664 BGB.) sich der Interessen des Vertretenen überall anzunehmen. So schon bei Begründung einer Schuldverbindlichkeit für das Kind — beim Kaufen, Tauschen,

Mieten ꝛc. namens des Säuglings — wie auch bei Abwicklung einer hieraus oder aus irgend welchem anderen Grunde dem Kinde erwachsenen Verpflichtung. Letzterenfalls wird der Vertreter zunächst zu prüfen haben, ob wirklich eine Verpflichtung besteht. Bei Bejahung der Frage wird er regelmäßig das Nötige zwecks Tilgung der Verbindlichkeit vorzunehmen, bei Verneinung den Kampf ums Recht namens des Kindes aufzunehmen haben. Allein diese Verpflichtungen des Vertreters sind lediglich solche, die ihn dem Vertretenen gegenüber treffen — Verpflichtungen privatrechtlicher Art, wobei dahingestellt bleiben kann, ob sich und wie weit sich mit diesen auch Verpflichtungen öffentlichrechtlicher Art verbinden. (Hölder, a. a. O. S. 125, 127 a. E. 251, 256 u. a. m.). Mit der Verpflichtung des Kindes gegenüber dessen Gläubigern haben jedoch diese Verpflichtungen des gesetzlichen Vertreters nicht das Mindeste zu schaffen. (Meine Rechtsnorm [1878], 96 fg.; Mauczka, Der Rechtsgrund des Schadenersatzes [1904], 59—61.) Es wird sich dies am schärfsten erkennen lassen, wenn wir unterstellen, daß Erfüllung aus freien Stücken nicht erfolgt und daß sich daher der Gläubiger veranlaßt sieht, den Klagweg zu beschreiten. Die Klage wird solchenfalls gegen das Kind zu richten sein; es ist rechtsfähig und darum parteifähig und Partei im Prozesse. Auch wird der Klagantrag dahin gehen müssen, das Kind für schuldig zu erkennen. Freilich wird die Klagschrift nicht diesem zuzustellen sein. Denn prozeßfähig ist das Kind nicht. Der Kläger wird versuchen müssen, die Klagschrift dem gesetzlichen Vertreter zustellen zu lassen. So könnte man meinen, der letztere sei dem Gläubiger des Kindes doch zu etwas verpflichtet, wenn auch zunächst nur zur Entgegennahme der Klagschrift. Aber auch dies ließe sich nicht halten. Wie der Ver-

treter überhaupt nicht allgemein verpflichtet ist — und niemals dem Gläubiger des Kindes gegenüber verpflichtet ist — den Prozeß zu führen, so ist er auch dem Kläger gegenüber nicht zur Empfangnahme der Klagschrift verbunden. Fügt doch auch die Verweigerung der Annahme dem Kläger keinerlei Schaden zu. Nach allgemeiner Vorschrift tut, bei grundlos verweigerter Annahme, die Zurücklassung des Schriftstücks am Orte der Zustellung die gleichen Dienste (§§ 171, 186, 191⁵ ZPO.). Erscheint nun im Verhandlungstermine der Vertreter nicht, so wird bei begründeter Klage auf Antrag des Klägers Versäumnisurteil zu geben sein. Und zwar wird das Urteil auf den Namen des Kindes gestellt. Der „Säugling" wird verurteilt, zu zahlen oder eine Sache herauszugeben oder etwas zu dulden, unter Umständen auch — und dies ist besonders zu beachten und soll sogleich noch etwas näher ausgeführt werden — eine Willenserklärung abzugeben! Das richterliche Urteil spricht für den Einzelfall das aus, was die Norm des Gesetzes allgemein befohlen hatte; es „erkennt" den Beklagten für schuldig. Wäre nun die Norm an das Kind nicht ergangen, wie dürfte das Urteil auf den Namen des Kindes gestellt werden? Wie könnte das Kind für schuldig oder für verpflichtet erklärt werden, wenn es dies nicht schon auf Grund des Gesetzes war? Und wie wäre dies letztere zu bejahen, falls das Gesetz wirklich den Kindern nicht galt?

Und nun die Vollstreckung. Auch sie richtet sich lediglich gegen das Kind. Wie könnte sie anders? Ist doch das Urteil, das vollstreckt werden soll, gegen dieses und nur gegen dieses ergangen. Ist das Kind mithin etwa zur Herausgabe einer Sache oder zur Zahlung einer Geldsumme verurteilt, so wird der Gerichtsvollzieher die Sache aus dem Gewahrsam des Kindes wegnehmen oder die Pfändung gegen dessen Vermögen vornehmen — genau so, wie wenn ein Erwachsener

in Frage wäre. Gewiß ist der gesetzliche Vertreter von dem Akte in Kenntnis zu setzen (§ 808 ZPO.). Aber nicht, weil dieser dem Betreiber der Zwangsvollstreckung zur Herausgabe der Sache oder zur Zahlung oder überhaupt zu irgend etwas, etwa zu einem „Dulden" verpflichtet wäre. Wenn hier Hölder von einer Duldungspflicht des gesetzlichen Vertreters spricht und hierin den Beweis erblickt, daß der Vertreter der eigentlich Verpflichtete sei, so wird sich dies als irreführend erweisen. Denn diese angebliche Duldungspflicht ist keine andere als die eines jeden unbeteiligten Dritten. Sie beschränkt sich darauf, daß der Vormund ꝛc. dem berechtigten Vorgehen des Gerichtsvollziehers keinen Widerstand entgegensetzen darf — so wenig wie jeder andere auch. Die Benachrichtigung des Vertreters erfolgt nur im Interesse des Kindes, um Gelegenheit zu geben, dessen etwaige Rechte auch noch in diesem Abschnitte des Verfahrens zu wahren. Und auch dem Kinde nur wird der Vertreter durch sein Tun oder Lassen haftbar werden können, hier wie überall. Der Gläubiger seinerseits bedarf des gesetzlichen Vertreters seines Gegners nicht: er kommt auch ohne dessen Zutun wie zum Urteil so auch weiter zu seiner Sache oder zu der ihm geschuldeten Summe. In dem ganzen Uhrwerke des Prozesses bildet der gesetzliche Vertreter des Beklagten keine treibende Kraft. Seine Betätigung läßt sich nur mit dem den Lauf des Uhrwerks hemmenden und zugleich regulierenden Rade vergleichen. Und auch dies nur, wenn es dem Vormunde einzuspringen beliebt. Wenn nicht, so geht der Prozeß doch seinen (sogar beschleunigten) Gang und führt den Kläger, falls kein anderes Hindernis besteht, zum erwünschten Ziele.

Am schlagendsten bewährt sich dieser Satz in einem Falle, wo das Kind — etwa als alleiniger Erbe seines verstorbenen Vaters — zur Abgabe einer Willenserklärung verpflichtet ist,

die der Erblasser abzugeben versprochen, aber noch nicht abgegeben hatte. So z. B. falls einem Gläubiger durch bindenden obligatorischen Vertrag die Einräumung einer Hypothek zugesichert worden war. (Entscheidungen des Reichsgerichts 50 S. 82.) Auch hier richtet sich der Klaganspruch gegen das Kind. Daß die Zustellung der Klagschrift an den Vormund zu erfolgen hat, ändert hieran nichts; kann dieser doch auch, ohne Rechtsnachteil für den Kläger, die Annahme verweigern. Ebensowenig darf irreleiten, daß der Prozeß, falls er geführt werden soll, von dem Vormund für den Mündel geführt werden müßte. Partei ist und bleibt immer das Kind. Aehnlich könnte auch eine erwachsene Person im landgerichtlichen Verfahren ihre Rechte nur durch einen beim Gericht zugelassenen Rechtsanwalt wahrnehmen lassen. Wie nun, wenn der zu Recht geladene Vormund im Termine nicht erscheint? Auf Antrag des Klägers wird Versäumnisurteil zu fällen sein und zwar wieder gegen das Kind. Dieses wird zur Bewilligung des Hypothekeneintrags verurteilt. Und wenn der Vormund nicht rechtzeitig Einspruch erhebt, wird das Versäumnisurteil rechtskräftig. Damit aber gilt die abzugebende Erklärung als erfolgt (§ 894 ZPO.) — und es wird der Umstand kein Hindernis bilden, daß der „Säugling" in eigener Person dem Urteile gar nicht hätte nachkommen können, weder im juristischen noch auch nur im natürlichen Sinne. Mit der Ausfertigung dieses rechtskräftigen Urteils in der Hand erlangt der Gläubiger den begehrten Eintrag. Während des ganzen Verfahrens konnte er seinerseits die Tätigkeit des Vormundes entbehren. Ihm war ja auch der Vormund schlechthin zu nichts verpflichtet. Ob und wie der Vormund sein Verhalten dereinst dem Kinde gegenüber wird rechtfertigen können, ist seine Sache. Undenkbar ist dies nicht: vielleicht lag die Hinziehung der Angelegenheit im wohlverstandenen Interesse des Kindes, das damit mit

nicht allzuhohen Kosten Zeit gewonnen. Allein so oder so: den Gegner jedenfalls kümmert dies nicht.

Bei der Frage, ob die Normen unseres Reichsrechts allgemein auch den Unzurechnungsfähigen gelten, wird vielfach auf § 55 StGB. Bezug genommen.

„Wer bei Begehung der Handlung das zwölfte Lebensjahr nicht vollendet hat, kann wegen derselben nicht strafrechtlich verfolgt werden."

Doch wird nähere Betrachtung ergeben, daß dieser Satz nicht für die Auffassung v. Ferneck's zu verwerten ist, vielmehr das hier Vertretene wenigstens mittelbar bestätigt. Er spricht aus, daß Strafe solche jugendliche Uebeltäter niemals treffen soll. Sie sollen nicht nur — wie die Täter zwischen 12 und 18 Jahren, falls diese die zur Erkenntnis der Strafbarkeit ihrer Handlungen erforderliche Einsicht nicht besessen haben — von dem erkennenden Richter freigesprochen werden. Mehr als dies: jedes strafrechtliche Vorgehen wider sie, mithin auch das des Staatsanwalts, ist ausgeschlossen. Der Grund liegt auf der Hand: Personen unter 12 Jahren werden ein für allemal vom Gesetz als schuldunfähig prädiziert. Und wenn auch keineswegs ein logisches Postulat, so doch das Ergebnis unserer heutigen kulturellen Entwicklung ist der Satz: keine Strafe ohne Schuld und mithin keine strafrechtliche Verfolgung wider den Schuldunfähigen. Allein daß die strafrechtliche Verfolgung gegen jugendliche Delinquenten ausgeschlossen werden mußte, beweist eben, daß sie Delinquenten sind — mit anderen Worten, daß ihr Verhalten normwidrig sein kann und daß mithin die Norm auch ihnen galt. Denn „Rechtswidrigkeit" ist allgemeines Tatbestandsmoment eines jeden Delikts, Rechtswidrigkeit im Sinne von Normwidrigkeit. Nicht jedes normwidrige Verhalten ist strafbar — erst die Bedrohung mit Strafe, die

Straffatzung, stempelt es zum Verbrechen. Wohl aber muß jedes Verhalten, das mit Strafe bedroht wird, normwidrig sein — schon zuvor normwidrig gewesen sein oder doch jetzt zugleich mit und durch die Strafdrohung normwidrig werden. Wie käme nun das Strafgesetzbuch dazu, die strafrechtliche Verfolgung auszuschließen, falls solche Kinder niemals normwidrig handeln könnten? Es fällt doch dem Gesetzgeber nicht ein, etwa zu sagen: gegen Tiere findet eine strafrechtliche Verfolgung nicht statt. Uebles kann auch durch ein Tier einem Menschen zugefügt werden. Niemals aber etwas Normwidriges. Die Norm gilt den Menschen, den Tieren gilt sie nicht.

Man sieht, nicht bloß im Prinzipe wird eine Pflichtfähigkeit der Unzurechnungsfähigen im Reichsrechte anerkannt. Es ergaben sich auch zahlreiche Fälle, in denen solche Pflichtfähigkeit Bedeutung gewinnt, indem Verpflichtungen auch Kindern und Geisteskranken auferlegt werden. Endlich zeigte es sich, daß auch für die praktische Durchführung solcher Verpflichtungen Mittel und Wege gegeben sind. Nun wüßte ich nicht, wie eine Verpflichtung, die das Gesetz begründet, etwas anderes sein könnte als eine rechtliche Verpflichtung. In welchem Sinne sollte sie sonst auch wohl „Verpflichtung" sein? An eine ethische Verpflichtung wird man nicht denken dürfen und ebensowenig an eine Verpflichtung religiöser Art. Moral und Religion sind sittliche Mächte, die sich mit lediglich äußerem Anstoße noch weniger begnügen können, die vielmehr der Aufnahme ihrer Gebote in die Psyche des Adressaten, ihrer seelischen Verarbeitung harren. Und wie könnte sich das Gesetzbuch zum Sprachrohr lediglich moralischer oder religiöser Verbote machen? — Allein wenn auch das Gesetz von Verpflichtungen redet, so könnte es doch sein, daß dies nur ein ungenauer Ausdruck wäre, dem das Wesen der Sache nicht entspräche. Heran-

ziehen und Beibehalten des Wortes würde dann lediglich auf tadelswerter Nachlässigkeit beruhen. So spricht v. Ferneck mit Geringschätzung von solchem unbedachten Verwenden des Wortes, hinter dem nichts stehe und nichts stehen könne von dem, was es scheinbar zum Ausdrucke bringe. Denn von einer Determination könne da nicht die Rede sein, wo sich die Psyche des Adressaten jeder Motivation verschließe. Darum sei in solchen Fällen, namentlich den Unzurechnungsfähigen gegenüber, auch jeder Determinationsversuch unvernünftig und, weil unvernünftig, von der Rechtsordnung nicht erst unternommen.

Dies führt uns zu dem zweiten Teile unserer Aufgabe, zu der Prüfung, ob nicht höchst verständige Erwägungen den Gesetzgeber bestimmen können und bestimmt haben, seine Befehle allgemein, also auch an Kinder und Geisteskranke, zu erlassen.

Adolf Merkel sagt:

„. . augenscheinlich hat es keinen Sinn, Befehle an jemanden zu richten, von dem wir wissen, daß er sie nicht verstehen und befolgen kann, und Verletzungen dieser Befehle durch solche Personen anzunehmen.“ (Grünhuts Z. 6 [1879], 383; auch Gesammelte Abhandlungen 1 [1899], 387.)

Dieser Satz ist vielfach angezogen worden, so von Binding, Die Normen 1², 100, und neuerdings wieder von v. Ferneck, a. a. O. 1 S. 200, 358. Zur Veranschaulichung wird dann wohl noch hinzugefügt, es werde doch auch der Herr nicht seinem schlafenden Diener Befehle geben wollen. (Binding, a. a. O. 1 S. 243, 244.)

Man könnte sich versucht fühlen, solchem Einwande mit folgenden Erwägungen zu begegnen. Allerdings kann sich der Gesetzgeber nicht verhehlen, daß er mit seinen Befehlen nicht immer das Verhalten der Normadressaten werde beeinflussen können. Oft schon wird er mit seinem Motivationsversuche

an dem psychischen Widerstande des Befehlsempfängers scheitern. In häufigeren Fällen noch wird der Adressat gar nicht in der Lage sein, den Befehl auf sich wirken zu lassen. Nicht nur Kinder und Geisteskranke wären hierher zu zählen: ebenso auch Fiebernde, Altersschwache, Betrunkene, Gesetzesunkundige und vornehmlich die in Schlaf Befangenen. „Die bittersten Feinde der Handlungsfähigkeit normaler Menschen, denen sie immer und immer wieder zum Opfer fallen, sind der Schlaf und der unvermeidliche Irrtum" (Binding, Normen 2, 86). Bei den Schlafenden zumal kann man auch nicht von einem Ausnahmszustande reden, den der Gesetzgeber bei seinen Befehlen nicht ins Auge zu fassen habe. Denn gerade den Gesunden wird der Schlaf allnächtlich besuchen. Das gegen mich gerichtete Wort von dem Herrn und vom schlafenden Diener müßte daher auch hier anwendbar sein. Der Gesetzgeber müßte seine Befehle erlassen mit dem stillschweigenden Vorbehalte (denn ausgesprochen finden wir, wie bereits festgestellt wurde, eine solche Einschränkung nirgends): natürlich gelten meine Befehle nicht den Geisteskranken und Kindern, auch nicht den sonst Unbestimmbaren, namentlich nicht den vom Schlaf Befallenen. Zwar nicht so (wie v. Ferneck die Sache zu wenden sucht), als wenn bei jedem Einschlafen eines Rechtsgenossen das Gesetz formell außer Kraft gesetzt werden müßte, um dann beim Erwachen wieder erlassen zu werden. Vielmehr so, daß das Gesetz gleich von vornherein sich nicht an die Schlafenden wenden würde, ebensowenig wie nach v. Ferneck an die Kinder und Geisteskranken. Zu welch heillosem Zustand der Rechtsunsicherheit wir dann kämen, liegt auf der Hand. Jedes Einschlafen würde eine etwaige Normwidrigkeit im Verhalten des von Schlummer Befallenen vorübergehend tilgen, jedes Erwachen die Norm und damit die frühere Normwidrigkeit wieder aufleben lassen. Der Schlafende wäre nicht bloß im

Traume von seinen Schulden erlöst, sondern auch ohne Traum in allem Ernste. Und wie sollte es mit dem Rechte des Gläubigers stehen, dessen Schuldner eingeschlafen und damit den Normen entrückt ist, wie mit seinem Anspruche und dessen Verjährung? Angesichts solcher Schwierigkeiten würde es rätlicher scheinen, die Norm unterschiedslos an alle ergehen zu lassen, gewissermaßen auf gut Glück, mit dem Hintergedanken: hilft es nichts, so schadet es doch auch nichts. Und immerhin könnte man sich selbst Kindern und Geisteskranken gegenüber getrösten, daß es doch noch Einzelfälle geben werde, wo die Befehle des Gesetzgebers auf einen empfänglichen Boden träfen. Denn da die Imperative des Staats inhaltlich meistenteils mit dem übereinstimmen werden, was andere soziale Kreise — Familie, Schule, Kirche — ihrerseits aufstellen und begehren, wird immerhin eine Möglichkeit sein, daß einzelne Kinder, wenn sie nicht mehr allzu zarten Alters sind, zwar nicht durch das eigene Lesen der Gesetze deren Inhalt sich aneignen, doch aber deren Kenntnis von Eltern und Lehrern, durch reifere Gefährten, durch ihre ganze Umgebung, in der sie aufwachsen, vermittelt bekommen. Das nämliche wäre von manchen Geisteskranken zu sagen, die nicht völlig verblödet sind. Wozu, könnte man fragen, soll die Rechtsordnung darauf verzichten, ihre Imperative allgemein zu erlassen, da doch unter den Gruppen, von denen viel Gehorsam freilich nicht zu erwarten ist, immerhin einzelne Bestimmbare sich finden werden? Wozu wenigstens die untauglichen Befehlsempfänger (und welche?) von vornherein ausschließen? Auch der Hauptmann wird sein Kommando: rechts um, links um 2c. der ganzen Kompagnie geben, wenn er auch leider aus Erfahrung weiß, daß ein Mann des hinteren Glieds wegen Schwerhörigkeit oder Zerstreutheit den Befehl nicht gleich in sich aufnimmt. Er wird vielleicht erwarten, daß, wenn nicht das Kommando unmittelbar, doch das

Beispiel oder sonstige Einwirkung der Nächststehenden ein Befolgen des Befehls herbeiführen wird. Jedenfalls wird er sicherlich nicht sich veranlaßt sehen, den Mann im hinteren Gliede ausdrücklich bei seinem Kommando auszunehmen.

Indessen bin ich nicht geneigt, den gedachten Nützlichkeitserwägungen allzu großes Gewicht beizulegen. Denn immerhin bleibt das oben gedachte prinzipielle Bedenken. Das Gros der Kinder — und ebenso der Geisteskranken — ist sicher der Motivation durch das Gesetz entrückt. Mag man auch positivrechtlich die Altersgrenze ziehen, wo man will — und das Gesetz muß allerdings stets mit Durchschnittserscheinungen rechnen — mag man 12 Jahre oder 7 Jahre wählen oder noch tiefer herabgehen: einmal stoßen wir sicher auf ein Alter, bei welchem schlechterdings jeder Gedanke an Motivation durch das Gesetz ausgeschlossen wäre. Jedenfalls wieder gegenüber den „Säuglingen" v. Fernecks. Wenn nun die Rechtsordnung erkennt, daß ihre Befehle sicher versagen müssen (nicht bloß versagen können), wie darf sie dann verständigerweise solche erlassen? Gesetze sind Befehle, Befehle Motivationsversuche, ein Motivationsversuch gegenüber solchen, die nicht zu beeinflussen sind, wäre ein Versuch am gänzlich untauglichen Objekte! Ein schreiender Widerspruch, wie es scheint! Ein solcher Mißklang, daß Hold v. Ferneck, um ihn zu vermeiden und um unsere Imperativentheorie vor solcher Trübung zu retten, zu seiner Lehre von den „untauglichen Befehlsempfängern" gelangt. Und doch wird sich, so hoffe ich, diese scheinbare Dissonanz durch kürzliche Betrachtung des Zweckes des Rechts auflösen. Freilich muß Oftgesagtes hier nochmals herangezogen werden.

Interessenschutz ist der Zweck aller Rechtsetzung. Ihn allein haben Verbote wie Gebote der Rechtsordnung im Auge. In etlichen Fällen hat es auch die Rechtsordnung in der Hand,

allein durch die Tatsache ihres Verbots das Unwillkommene, Störende mit Sicherheit fernzuhalten. So bei der **lex perfecta**, wenn sie verbotenen Rechtsgeschäften den erstrebten Erfolg versagt. Eines weiteren Zwangsapparates bedarf es in solchem Falle nicht. Meistenteils muß jedoch die Rechtsordnung mit der Möglichkeit rechnen, daß sei es ihre Verbote übertreten werden, sei es ihre Gebote unbefolgt bleiben und daß infolgedessen zunächst das nicht erreicht wird, was die Rechtsordnung zu erzielen bezweckt. Stößt sie doch möglicherweise auf Hindernisse verschiedenster Art: auf den bösen Willen der einen, auf die Lauheit anderer, wohl häufiger noch auf die Unkenntnis der Befehlsempfänger betreffs der an sie ergangenen Norm. Soll sie nun alle die, von denen sie sich eines Gehorsams nicht versehen kann, von ihren Befehlen ausschließen? Es wäre dies ein ebenso törichtes wie vergebliches Beginnen — ein Beginnen zudem, von dem sich, wie oben gezeigt wurde, auch in dem Inhalte der Gesetze nirgends die geringste Spur vorfindet. Ein törichtes, weil zweckwidriges Beginnen. Das Gebot des Gesetzes — der Einfachheit wegen soll zunächst nur von einem solchen die Rede sein — ergeht zuvörderst an jeden, der zu einem Tun bestimmt werden soll. Erfüllt der vom Befehle Getroffene das Gebot, so ist diesem Genüge geschehen, das Interesse gewahrt, dem das Gebot galt. Stößt jedoch das Gebot auf taube Ohren, so ist der erste Versuch mißglückt: einerlei ob die Ohren nicht hören wollten oder nicht hören konnten. Allein endgültig ist damit die Aufgabe der Rechtsordnung nicht gescheitert. Auch wird sie sich zumeist bei diesem unliebsamen Ergebnisse nicht beruhigen. Ihr Befehl und der erhoffte Gehorsam des Befehlsempfängers war nur Mittel zum Zwecke. Realen Interessen will sie dienen, Willenszucht zu üben, ist nicht ihre Aufgabe. Daher wird sie an die Nichtbefolgung ihres Gebots weitere Imperative anknüpfen, die mit jenem

ersten, unbefolgt gebliebenen Gebote zwar nicht identisch sind, die aber doch mit ihm dem gleichen Zwecke, dem Interessenschutze, dienen. Das neue Gebot wird sich regelmäßig an andere Empfänger, zumeist an die oder jene staatlichen Organe richten. So soll bei unterbliebener Steuerentrichtung der Beamte exekutivisch vorgehen: gegen den Steuerverweigerer ebenso wie gegen den Lässigen, gegen den Gesunden wie gegen den Kranken, gegen den Erwachsenen wie gegen das Kind. In endlicher Linie kommt es eben dem Staate nur darauf an, die Steuer zu erhalten — und steuerpflichtig waren sie alle. Genau ebenso auf dem Gebiete des Privatrechts. Wird das fällige Darlehn nicht zurückgezahlt, so regt sich zwar ein staatliches Organ von Amts wegen nicht. Wohl aber steht es im Belieben des Gläubigers, Klage zu erheben. Und in der Erhebung begründeter Klage hat er ein Mittel zur Hand, schließlich die Verpflichtung des Richters auszulösen, die diesem befiehlt, den Beklagten zu verurteilen — wiederum gleichgültig, ob letzterer halsstarrig war oder vergeßlich, in bösem oder in gutem Glauben, ein Erwachsener oder ein Kind und als solches unfähig zu eigener Erfüllung. Und wieder steht es dann in der Macht des siegreichen Klägers, im Besitze einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils den Gerichtsvollzieher zur Zwangsvollstreckung zu verpflichten: in der Hauptsache wiederum gleich, welcher Kategorie von Personen der Verurteilte zugehört.

So tritt Erfüllungszwang ein zwecks Herbeiführung des Zustandes, den zu beschaffen schon das erste, unbefolgt gebliebene Gebot galt. Damit aber Erfüllungszwang eintreten kann, muß eine Verpflichtung vorangegangen sein. Was soll anders erfüllt werden als eine Verpflichtung? Wie dürfte der Richter den Beklagten schuldig erkennen, wenn er ihn nicht nach seiner richterlichen Ueberzeugung für „verpflichtet" halten müßte? Und der Gerichtsvollzieher, wie könnte er das Urteil vollstrecken, falls dieses nicht auch seinerseits den Beklagten

für verpflichtet erkannt hätte? Der gesamte Erfüllungszwang stände einfach in der Luft, wenn wir ihm den Untergrund entziehen wollten: das Verpflichtetsein dessen, gegen den er sich richtet. Ein Verpflichtetsein durch die staatliche Norm ist die logische Voraussetzung für Verurteilung und Vollstreckung. Sollen diese wider jemand ergehen, muß auch die Norm schon sich an diesen gerichtet haben. Lehrt doch auch Adolf Merkel selbst (Abhandlungen 2 [1899], 587):

„Jene Anweisung an die Organe der Staatsgewalt soll nur wirksam werden, sofern die Verletzung einer Rechtsvorschrift bereits vorliegt, daher wir das primäre Gebot, um dessen Verletzung es sich handelt, wohl als eine solche Vorschrift gelten lassen müssen."

Und nunmehr hoffe ich, daß das lösende Wort sich wird finden lassen.

Die Norm ist Befehl, nicht Aussagesatz, das habe ich im Eingange ausgeführt. Allein Befehl ist sie nur gegenüber dem, an den sie jeweilig sich richtet und dessen Verhalten sie bestimmen will. Ist sie aber ergangen, so ist zugleich jedem, den es angeht, so ist urbi et orbi verkündet, daß beim Eintritt gewisser Voraussetzungen dem Adressaten eine Verpflichtung auferlegt worden ist. Der Kaufvertrag z. B. verpflichtet nur Käufer und Verkäufer. Allein jedermann ersieht aus § 433 BGB., daß nach Abschluß eines Kaufgeschäftes Käufer und Verkäufer und zu welchen Leistungen sie einander verpflichtet sind. Jeder, der lesen oder hören kann, vermag sich hiervon Gewißheit zu verschaffen. So ist das lichtvolle Wort Merkels zu verstehen oder doch zu verwerten: das Recht „wirkt als Lehre und als Macht. Als Lehre, indem es Auskunft darüber gibt, wie die Grenzen menschlicher Machtgebiete sich bestimmen sollen. Als Macht, indem es die Beachtung

dieser Grenzen fordert und verbürgt." (Adolf Merkel, Juristische Enzyklopädie [1] [1885], 12; 3. Aufl. [1904], 12.) Das Recht ist Macht: d. h. es gibt Befehle, die das Verhalten derer bestimmen sollen, an die sie sich richten. Es ist Lehre: denn es wird zugleich Dritten und namentlich allen Interessenten erkennbar gemacht, daß ein Gesetzesbefehl ergangen ist und an wen und welchen Inhalts. So würde auch der Befehl des Herrn nur an den Diener ergehen, nur für diesen Befehl sein: aber auch die Umstehenden würden erfahren haben, daß solcher Befehl gegeben worden ist. Diese Allgemeinkundigkeit der Gesetzesbefehle hat seine Bedeutung für den Prozeß, aber auch sonst für das gesamte Leben.

Im Prozesse. Der Gläubiger eines fälligen Darlehns kann durch Klagerhebung — die Zwischenstufen des Rechtsgangs mögen übersprungen werden — die Verpflichtung des Richters auslösen, Urteil zu fällen. Der Richter ist aber verpflichtet, dies Urteil dem Rechte gemäß abzugeben. Die Tatsachen sind ihm von Partei wegen zu erbringen, die Unterstellung unter die Regel des Rechts ist Sache des Richters — ius novit curia. Beantragt mithin Kläger beim Ausbleiben des Beklagten Versäumnisurteil wider diesen, so muß der Richter ihn verurteilen, sofern die vorgetragenen Tatsachen den Klagantrag rechtfertigen. Freilich auch nur in diesem Falle. Wäre also der Beklagte der Mustersäugling unseres Falls und ist sein gesetzlicher Vertreter rite geladen, aber ausgeblieben, so läuft alles auf die Frage hinaus: begründen die vorgetragenen und für zugestanden zu erachtenden Tatsachen die Verpflichtung des Beklagten. Wäre er nun verpflichtungsunfähig, d. h. ein untauglicher Normenempfänger, so dürfte keine Verurteilung erfolgen. Diese wird nur ermöglicht durch die Anerkennung seiner Eigenschaft als Rechts- und Pflichtenträgers. Der Imperativ muß daher auch an diejenigen ergehen, von denen eine Befolgung nicht

erhofft werden kann, damit auch ein Dritter — hier der Richter — von dieser Tatsache Kenntnis nehmen und sie dem Urteile zu Grunde legen kann. Nur so lassen sich die weiteren Schritte der Rechtsverfolgung ermöglichen, die das erstrebte Ziel, den Interessenschutz, endlich erreichen lassen.

Aber auch außerhalb des Prozesses, im täglichen Leben, ist es ein unbedingtes Erfordernis, ein gewisses Verhalten — einerlei von wem es ausgeht — allgemein als ein normgemäßes oder normwidriges kenntlich zu machen. Es muß den Stempel seines Wertes oder Unwertes von der Rechtsordnung ein für allemal aufgeprägt erhalten. Greifen wir auf den früher angezogenen Fall zurück: ein Hypothekeneintrag ist vom Grundeigentümer einem Gläubiger versprochen, der gültig abgeschlossene obligatorische Vertrag aber noch nicht ererfüllt. Da stirbt der Schuldner und wird von seinem eben geborenen Sohne beerbt. Der Gläubiger frägt bei einem Rechtsanwalt an, ob der Erbe nunmehr verpflichtet sei, den Vertrag zu erfüllen und die Eintragsbewilligung abzugeben. Es ist zu hoffen, daß der Befragte, „an den Fachausdrücken der Advokatensprache klebend", eine bejahende Antwort geben wird. Ist er aber ein Anhänger v. Ferneck's, so muß er die Frage verneinen; der Säugling sei kein tauglicher Befehlsempfänger und kein Träger von Verpflichtungen. Vielleicht frägt der Gläubiger weiter, ob alsdann der Vormund des Kindes verpflichtet sei, die Erklärung abzugeben. Auch diese zweite Frage müßte — nunmehr mit Recht — verneint werden. Der Vormund des Kindes ist dessen Gläubiger gegenüber zu gar nichts verpflichtet. Sicher würde der Fragesteller höchst unbefriedigt und in seinem Rechtsempfinden stark verstimmt sein, wenn er mit solcher Auskunft sich begnügen müßte. Sie wäre aber auch in ihrem ersten Teile falsch: das Kind selbst ist verpflichtet, genau so wie sein Vater es war.

Fast bedeutsamer noch wird diese durch das Gesetz erfolgende Prädizierung erlaubten und unerlaubten (genauer: unverbotenen und verbotenen) Verhaltens, wenn es sich um die Stellungnahme Dritter gegenüber einem absoluten Rechte, vornehmlich gegenüber dem Eigentume eines anderen handelt. Ein Gartenbesitzer klagt, es würden ihm fast täglich Pfirsiche vom Spaliere gestohlen. Genau kenne er die Täter nicht, er habe aber die Kinder seines Nachbars in Verdacht, die er mehrfach über den Zaun habe klettern sehen. Der befragte Rechtsanwalt müßte nach v. Ferneck zunächst die Gegenfrage stellen, wie alt die Buben seien. Und hörte er, es seien Jungen von 10—11 Jahren — hier kann ich aus naheliegenden Gründen den „Säugling" v. Fernecks nicht gebrauchen, doch läßt dieser auch die Tauglichkeit zum Befehlsempfange erst mit vollendetem 12. Lebensjahre beginnen — so würde der Fragende wohl zu seinem Befremden die Auskunft erhalten: dann ließe sich im Wege Rechtens nichts machen. Die Kinder seien untaugliche Befehlsempfänger. Wegen der bereits angerichteten Schäden seien sie unverantwortlich, und auch für die Zukunft sei ihnen das Obstholen unbenommen, da die Verbote der Rechtsordnung Kinder solchen Alters nicht träfen. Allenfalls könne der Vater haftbar gemacht werden wegen unterlassener Aufsicht. Aber dem vielbeschäftigten Manne könne nicht zugemutet werden, seine Knaben auf Schritt und Tritt zu bewachen. In zwei Punkten würde auch diese Rechtsbelehrung Beifall verdienen, nicht freilich in einem dritten. Beifall insofern, als die Haftpflicht des Vaters verneint wird. Den Kindern — und Jungen zumal — ist, wie Mauczka mit Recht betont (Mauczka, Der Rechtsgrund des Schadensersatzes [1904], 142 fg.), eine gewisse Bewegungsfreiheit zu belassen. Es liegt dies im öffentlichen Interesse, im Interesse des Selbständigwerdens, der physischen und psychischen Erstarkung der Jugend. Darum kann man nicht dem Vater ansinnen, seine Knaben unaus-

gesetzt im Auge zu behalten. Auch daß der Befragte nicht gleich, nach Verneinung der Haftung des Vaters, auf § 829 BGB. verweist, möchte ich billigen. So sehr ich auch mit der Aufnahme einer solchen Bestimmung einverstanden bin, der ich bereits vor vielen Jahren gegen Ihering das Wort geredet hatte (Meine Rechtsnorm [1878], 105 fg.), eine Ausnahmebestimmung soll sie meines Erachtens immerhin bleiben und nur in schreienden Fällen Abhilfe verschaffen. Aber in einem dritten Punkte, in dem, der uns allein hier beschäftigt, würde ich die Auskunft des Rechtsgelehrten für eine verfehlte erachten. Für eine verfehlte — und für eine gefährliche zugleich. Erfährt der Geschädigte, daß die Verbote der Rechtsordnung den Knaben nicht gelten, so wird er leicht auf den Gedanken kommen, sie ständen hiernach außerhalb des Gesetzes. Dann stehe in seinem Belieben, wie er sich einem solchen exlex-Zustande gegenüber verhalten wolle. Eine derartige Annahme könnte ihn jedoch leicht zu unerlaubtem Vorgehen und infolge davon zu vielen Verdrießlichkeiten führen. Ja, wenn er eine Raupe findet, die die erste Blüte seines Spalierbaumes benagt, so ist ihm dieser gegenüber alles gestattet. Freilich könnte er sie auch schonend auf einen minder edlen Baum vertragen oder auf öffentlicher Straße aussetzen (ein Hinüberwerfen in den Nachbargarten würde eine unzulässige Immission enthalten): allein eine so milde Behandlung ist nicht üblich und jedenfalls nicht vorgeschrieben. Wir knicken und ersticken doch gleich, wo wir solchen Schädling finden. Anders den Knaben gegenüber. Freilich ist ihr Angriff auf das Spalierobst rechtswidrig — denn die den Eigentümer schützenden Normen gelten auch ihnen. Auch ist einem rechtswidrigen Angriffe gegenüber Notwehr gestattet: aber eben nur Notwehr innerhalb der dieser gezogenen Grenzen. Gerade in dieser Beziehung bringt v. Ferneck im zweiten Bande seines Werks (S. 38 fg.) sehr beherzigungswerte Ausführungen. Das erlaubte Maß der Abwehr wird

den Knaben gegenüber bald erschöpft sein. Ein Verscheuchen der kleinen Diebe, eine Drohung mit Anzeige oder Schlägen wäre unbedenklich. Allein schon eine Verwirklichung dieser Drohung in Gestalt einer gelinden Züchtigung der abermals Betroffenen würde nicht einwandfrei sein. Und selbst die Anzeige bei Vater oder Lehrer würde wenig versprechen. Denn wenn man erhoffen wollte, daß durch diese Respektspersonen den jugendlichen Sündern die Einhaltung des siebenten Gebots eingeschärft werden möchte, stände man vor einer neuen Schwierigkeit. Auch betreffs der „religiösen Normen" hebt v. Ferneck (Bd. 2 S. 36) ganz folgerichtig hervor, es „würde gewiß niemand behaupten, daß auch unmündige Kinder und Tobsüchtige taugliche Befehlsempfänger sein können". Ein geriebener Junge dürfte mithin den Hinweis auf das siebente Gebot mit dem Bemerken ablehnen, dies ginge ihn zur Zeit noch ganz und gar nichts an.

Fassen wir das Ergebnis dieser Untersuchung zusammen. Die Norm ist ein Befehl, der das Verhalten derer bestimmen will, an die er sich richtet. Und ist sein Inhalt allgemeiner Art, so ist er auch an die Allgemeinheit der Normunterworfenen gerichtet. Freilich muß sich der Gesetzgeber sagen, daß sein Befehl nicht überall Gehorsam finden wird. Wer nicht gehorchen will, entzieht sich dem Rufe des Gesetzes. Ebenso aber auch der, der nicht gehorchen kann, weil er infolge geistiger Unreife oder Krankheit oder infolge eines anderen Umstandes jeder Einwirkung entrückt ist. Dennoch nimmt das Gesetz solche Personen von seinen Imperativen nicht aus. Nicht sowohl, weil es doch eine schwache Hoffnung hegen könnte, daß das Unwahrscheinliche eintritt und der Motivationsversuch doch noch verfängt. Solche Hoffnung würde zumeist eine trügerische sein. Wohl aber um deswillen — dies ist entscheidend —, weil es unbedingt Erfordernis ist, der All-

gemeinheit gegenüber ein gewisses Verhalten als normwidrig zu stempeln. Für dritte, mittelbar betroffene Personen ist es von Bedeutung, zu wissen, ob sie einem normwidrigen Verhalten gegenüberstehen oder nicht. Hiernach beantwortet sich z. B. die Frage nach der Berechtigung sowohl, wie nach dem Maße einer Abwehr. Vornehmlich aber würden die weiteren staatlichen Mittel, die beim Versagen des ersten Versuchs gewährt werden, um das erwünschte Ziel doch noch zu erreichen und die wir in ihrer Gesamtheit als „Erfüllungszwang" bezeichnen, jeder Begründung entbehren, wenn es sich nicht auch bei den sog. untauglichen Befehlsempfängern immerhin um Befehlsempfänger handeln sollte. Das richterliche Urteil zumal stellt eine Verpflichtung fest, eine Verpflichtung kann nur einer sie begründenden Norm entstammen, die Norm muß daher auch an die Personen sich gerichtet haben, die vom Richter verurteilt werden sollen.

Das betreffs des „Säuglings" Ausgeführte wird sich in gleicher Weise auch in Ansehung juristischer Personen bewähren. Die hier sich ergebenden geringen Verschiebungen werden nur kurzer Erwähnung bedürfen. Dabei will ich von den Vereinen absehen und mich sofort den Stiftungen zuwenden. Denn wenn ich auch die Verbandspersönlichkeit Gierkes ablehnen muß und ebensowenig wie v. Fereck in der Korporation einen neuen, selbständigen Uebermenschen zu erblicken vermag, so spielen doch bei ihr Menschen — also wollende Wesen — als Untergrund der juristischen Persönlichkeit eine gewisse Rolle. Ich will mich daher, um die hier uns allein interessierende Frage reinlich herausschälen zu können, sofort zu den juristischen Personen wenden, die als Stiftungen etwas ganz Unpersönliches darstellen und bei denen der Gedanke an ein Verpflichtetsein im Sinne eines Sichverpflichtetfühlens von vornherein ausgeschlossen ist.

Bei der Stiftung meint v. Ferneck den Gedanken eines Verpflichtetseins kurzer Hand durch folgende Bemerkungen (Bd. 2 S. 17) abweisen zu können.

„Bei den Anstalten, zumal bei den Stiftungen, fehlt das psychologisch-determinierbare Subjekt, auf welches man die Pflicht projizieren könnte, völlig. Wer hier die Pflicht in des Wortes wahrem Sinne nicht bei den Organen, bezw. Vertretern sucht, dem bleibt schließlich bloß ein Geldschrank als Befehlsempfänger übrig."

Wiederum scheint es mir, wie oben bei dem Säugling, nicht gerade förderlich zu sein, durch solche allzu pointierte Wendung den Blick zu blenden und von der Erkenntnis des wahren Sachverhalts abzuschrecken. Denn das Stiftungsvermögen wird regelmäßig wohl in einem Geldschranke aufbewahrt sein, aber kaum jemals lediglich in dem Geldschranke bestehen. Ja, dieser braucht nicht einmal Stiftungsvermögen zu sein. Er könnte auch nur tatsächlich zur Aufbewahrung des Stiftungsvermögens benutzt werden — er könnte der Stiftung geliehen, vermietet oder unter Eigentumsvorbehalt des Verkäufers verkauft sein.

Freilich, zurückweichen darf man nicht auch bei Unterstellung des unwahrscheinlichsten Falls. Ich nehme daher an, daß der Geldschrank der Stiftung eigentümlich gehörte, daß jedoch sein ganzer Inhalt von dem ungetreuen Stiftungsverwalter geplündert und vertan wurde, auch daß dieser sodann Hand an sich gelegt hat und unbeerbt gestorben ist. Tatsächlich wird sich das Stiftungsvermögen in diesem extrem gestalteten Falle eben auf den zurückgelassenen Arnheim beschränken. Unter den Aktiven der Stiftung würde lediglich „ein Geldschrank" zu buchen sein, unter den Passiven (möglicherweise allein) eine Kaufgeldschuld aus dem Ankaufe eben dieses Schranks.

Worin zeigt sich nun das rechtlich Bedeutsame, daß der Schrank Stiftungsvermögen ist?

Wäre er niemand gehörig, so würde er als herrenloses Gut dem Zugriffe eines jeden ausgesetzt sein, einerlei ob der Zugreifende Gläubiger der Stiftung wäre oder ein unbeteiligter Dritter. Würde der Schrank im Eigentume eines Lebenden stehen, so würde betreffs seiner der Wille des Eigentümers entscheiden. Die Besitznahme seitens eines Dritten würde zwar durch die Einwilligung des Eigentümers ihrer Normwidrigkeit entkleidet, ohne solche Einwilligung jedoch ein normwidriges Handeln darstellen. Der Geldschrank als Stiftungsvermögen ist aber kein herrenloses Gut und demzufolge kein Gegenstand der Aneignung. Ebensowenig kann aber, da derzeit ein Stiftungsvorstand nicht da ist, eine Zustimmung zur Besitznahme des Schranks herbeigeführt werden. Er bleibt mithin stehen, als tabu, unter dem Schutze des Gesetzes, gefeit gegen jeden eigenmächtigen Zugriff. Wenn der Verkäufer, der noch keine Zahlung erhalten, den Schrank kurzweg wieder abholen ließe, so würde vielleicht der Fall nicht zu richterlicher Entscheidung kommen. Denn wo kein Kläger ist, ist auch kein Richter — und kein Lebender wäre geschädigt. Immerhin würde aber ein derartiger eigenmächtiger Zugriff sich nicht in den Bahnen des Rechts bewegen. Nach früherem gemeinem Rechte würde er als Verstoß gegen das decretum divi Marci Verlust der Kaufgeldforderung herbeigeführt haben. Will der Verkäufer im Wege Rechtens zu seinem Gelde kommen, muß er die Stiftung verklagen. Freilich muß zuvor der Stiftung — tatsächlich dem Geldschranke — ein neuer gesetzlicher Vertreter erstehen, schon um diesem die Klagschrift zustellen zu lassen (ZPO. § 171). Ob dieser auf Antrag des Beteiligten — des Gläubigers — nach §§ 86, 29 BGB. durch das Amtsgericht zu bestellen ist oder etwa in entsprechender Anwendung des § 1914 BGB. als Pfleger durch das Vormundschaftsgericht, oder endlich, als „besonderer Vertreter" nach § 57 ZPO. durch

den Vorsitzenden des Prozeßgerichts, kann hier auf sich beruhen. Jedenfalls wäre der Bestellte nur dazu da, die Interessen der Stiftung zu wahren. Hier dürfte man mit Hölder, a. a. O. 265 (vergl. mit S. 251, 254, 256, 263) von „amtlichen Rechten und Verbindlichkeiten der Stiftungsverwaltung" sprechen. Allein unhaltbar wäre es, auch die „sog. privaten Rechte und Verbindlichkeiten" der Stiftung in diesen amtlichen Beziehungen aufgehen zu lassen. Denn der Vorstand ist seinerseits dem Gläubiger der Stiftung schlechterdings zu nichts verbunden. Nicht einmal zur Entgegennahme der Klagschrift ist er verpflichtet. Wir sahen schon früher, der Gläubiger kommt auch ohne diese wie ohne jede sonstige Mithilfe des Vertreters zum Ziele. Erfolgt Verurteilung, so wird die Stiftung für verpflichtet erkannt, das Kaufgeld zu zahlen. Und ist das Urteil rechtskräftig geworden, so erlangt der Kläger Zwangsvollstreckung gegen die Stiftung, wobei ihm deren letztes Vermögensstück, eben der Geldschrank, als genügendes oder auch nicht genügendes Exekutionsobjekt dienen wird.

Vielleicht gelingt es, die widerstreitenden Ansichten zu versöhnen oder doch einander näher zu bringen, wenn wir uns zuletzt noch zu verständigen suchen über das Wesen dessen, das wir als ein „Verpflichtetsein" bezeichnen. Doch kommt für die Aufgabe dieser Untersuchung die „Pflicht" nicht in Betracht, die sich jemand selbst stellt als Maxime seines Handelns — und ebensowenig das, was etwa als Pflicht gegen sich selbst gefaßt werden könnte (Simmel, Einleitung in die Moralwissenschaft 1 [1892], 173 fg.). Wir prüfen vielmehr nur die Verpflichtungen, die jemand von außen eingeimpft werden — die ihm auferlegt werden von irgend einer Autorität, die Gehorsam verlangt und erwartet. Auf welchen tatsächlichen Unterlagen dies Herrschen beruht, ist für uns gleichgültig. Gleichgültig, ob es der Vater ist, der sein Gebot den Kindern gibt,

der Stammesälteste, der Häuptling, der Priester, der König, oder auch ein fremder Eroberer; das Gefühl, befehlen zu dürfen, kann den verschiedenartigsten Verhältnissen entstammen. Gleichgültig ist uns auch weiter, welchen Inhalt das Gebotene hat. Nur das Phänomen des Sollens selbst soll formal Betrachtung finden.

Gewiß ist das Verpflichten wie das Verpflichtetwerden und danach das Verpflichtetsein eine Realität. Allein ebenso gewiß ist es eine Realität, die sich nur in der Psyche der Beteiligten abspielt. Wenn je etwas ausschließlich in unserer Vorstellung lebt, so ist es der Gedanke der Pflicht. Gefühl ist alles. Gefühl bei dem, der sich verpflichtet empfindet, wie auch bei dem, der den anderen als sich verpflichtet denkt. Ebenso endlich bei dritten Personen, die diese innerliche Beziehung zwischen Verpflichtenden und Verpflichteten wahrnehmen und entsprechend empfinden. Das Gefühl der Pflicht und des pflichtmäßigen Verhaltens würde sich demgemäß darstellen — im Gegensatz zu dem Gefühle der Pflichtwidrigkeit (Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1 [1904], 229) — als die in das Bewußtsein des Handelnden reflektierte Tatsache, daß solches Verhalten autoritativ gefordert werde und Billigung finde in dem Kreise derer, mit denen man lebt.

Zweifellos wird man hiernach ein Verpflichtetsein da annehmen, wo der Verpflichtende, der Verpflichtete und der gesamte Umstand in dieser Beziehung eines Sinnes sind. Also da, wo der Verpflichtende dies Pflichtgefühl in der Seele des anderen erwecken will und wirklich erweckt — und wo zugleich diese Tatsache ein Echo findet in der Seele anderer, die nur entfernter beteiligt sind. Ich verpflichte dich — du verpflichtest mich — er verpflichtet ihn: in diesen drei Sätzen, aufgenommen in die Psyche der Sprechenden, erschöpft sich die Erscheinung der Pflicht. „Ich soll“, „du sollst“, „er soll“ — nur daß das „ich soll“, weil erst hervorgerufen durch das „du sollst“, besser an zweiter Stelle stände. Auf den Inhalt des Sollens kommt

hier nichts an. Ebensowenig auf die Gründe, die in der Seele des Ersten, des Zweiten und der anderen die Meinung des Verpflichtenkönnens erwecken. Für das Sein des Sollens st das Fühlen dieses Sollens allein entscheidend. Oft wird dies Gefühl durch begleitende Momente noch absichtlich verstärkt. So dient die Beeidigung zu diesem Zwecke: mag sie nun von Rekruten gefordert werden, von Zeugen und Sachverständigen, von Schöffen und Geschworenen, von Volksvertretern und Beamten. Auch der Eid des Monarchen auf die Verfassung hat den doppelten Zweck, das Pflichtgefühl des Eidesleistenden zu verstärken und zugleich die Anerkennung seines Verpflichtetseins zu bekunden.

Wie aber gestaltet sich die Sache, wenn aus diesem Dreiklange der eine oder andere Ton einmal ausfällt? Schweigen sie sämtlich, so kann von einer Verpflichtung gewiß nicht gesprochen werden. Darf man jedoch von einer solchen noch reden, wenn nur der eine oder andere Widerhall ausbleibt?

Am leichtesten wird es sein, die begleitende Stimme Dritter, deren Mitwissen und Mitfühlen auszuschalten. Wenn der Vater im Hause seinem Knaben irgend eine Unart für die Zukunft ernstlich verweist, wird er sicher das Gefühl des Verpflichtethabens, das Kind das des Verpflichtetseins — des Sollens — fernerhin haben. Ob auch Dritte von diesem Sachverhalte Kunde erlangen, ist gleich. Auch ohne solche werden wir von einer Verpflichtung des Sohnes reden.

Bedenklicher wird es, wenn wir uns den Verpflichtenden als nicht vorhanden denken müssen. Das Gefühl dessen, der sich ihm verpflichtet wähnt, würde solchenfalls ein einseitiges und irrtümliches sein. Dies hindert selbstverständlich nicht, daß es oftmals den größten, den bestimmenden Einfluß auf das Verhalten des Irrenden üben wird. Immerhin werden wir aber nur von einem Sichverpflichtet wähnen, nicht von einem Verpflichtet sein reden dürfen. So würden alle, die an einen

unmittelbaren Eingriff eines überirdischen Wesens in unser Erdenleben, die an Befehle einer Gottheit nicht zu glauben vermögen, die vermeintliche Pflicht zum Gehorsam dem Gebote Gottes gegenüber nur als Wahnvorstellung ansehen können, nicht als wahre Verpflichtung. So z. B. als Abraham nach Moses I, 22 von Gott den Befehl erhalten zu haben meinte, seinen Sohn Isaak zu opfern. Anders natürlich in den häufigen Fällen, in denen die Volksgenossen Erfüllung des von der Gottheit dem einzelnen gegebenen Befehls auch ihrerseits erheischen — vielleicht schon aus dem Grunde, um von der Rache der beleidigten Gottheit nicht mitbetroffen zu werden. Der Bericht Moses II, 32 über das goldene Kalb und die Kinder Levi könnte hier als Gegenbeispiel dienen. Solchenfalls werden die Genossen aus bloß Wissenden selbst die Befehlenden. Unser Fall — kein Befehlender, nur ein vermeintlich Gehorchender — ist es nicht mehr.

So verbleibt noch die dritte, für uns bedeutsamste Verschiebung. Ein Befehl wird erlassen, erlassen von einer Autorität, die verpflichten zu können vermeint. Nennen wir sie kurzweg den Gesetzgeber. Auch richtet sich der Gesetzesbefehl — wenn auch nur bedingt — an eine unbegrenzte Menge von Befehlsempfängern. Die große Masse, die wir als Gesamtheit zu bezeichnen pflegen, nimmt auch den Befehl als einen allgemein erlassenen auf. Ihr ist er Lehre, vielen wird er gleichzeitig Macht sein, insofern sie durch ihn zu dem anbefohlenen Tun oder Lassen bestimmt werden. Immerhin wird es manche geben, auf die der Befehl nicht wirkt, in deren Psyche das Gesetz das Gefühl des Verpflichtetseins nicht oder doch nicht bestimmend auslöst. Das Verpflichtungsverhältnis zeigt alsdann nicht das vollkommene Bild, von dem wir ausgingen. Es fehlt ihm ein bedeutsamer Zug. Sollen wir aber um dieses Fehlenden willen das Dasein eines Befehls und eines durch ihn hervorgerufenen Sollens verneinen? Sicherlich

nicht. Die früher gegebenen Erwägungen begründen das entschiedene Nein. „Befehl ist ein Aktiv-, kein Passivbegriff“ (Gerland, a. a. O. 433). Auch wird der Rechtsordnung daran liegen müssen, der Allgemeinheit gegenüber zu bekunden, daß sie auch für solche Fälle ihre Befehle gegeben hat. Die Frage nach der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des eigenen Verhaltens wird vielfach durch die Vorfrage beeinflußt, wem man gegenübersteht. Ist der Gegner ein „untauglicher Befehlsempfänger“ im Sinne v. Ferneck's, galt mithin der Gesetzesbefehl ihm überhaupt nicht, so würde auch die Antwort auf jene Frage anders lauten wie im entgegengesetzten Falle. Vornehmlich aber wird jedes weitere Einschreiten der Rechtsordnung Normwidrigkeit dessen zur Voraussetzung haben, gegen den vorgegangen werden soll — und mithin seine Eigenschaft als Befehlsempfänger. Gewisse Reaktionen setzen freilich noch ein Mehr voraus. Jede Bestrafung hat ausnahmslos ein Verschulden des Zubestrafenden zur Voraussetzung — und bei Unzurechnungsfähigen entfällt die Möglichkeit eines Verschuldens. Ebenso hat auch heute noch die Auferlegung einer Ersatzpflicht der Regel nach ein Verschulden zur Voraussetzung. Ob man die bloße Erfolgshaftung als Ausnahme betrachten oder, angesichts der neueren Entwickelung, mit Mauczka die Erfolgshaftung als Regel hinstellen will, die nur beim Ermangeln eines Verschuldens hin und wieder Ausnahmen erleidet, kann hier auf sich beruhen. Uns genügt der Nachweis, daß der Erfüllungszwang — mag er nun einsetzen zwecks Verwirklichung einer anfänglich gegebenen, noch nicht erfüllten, aber noch erfüllbaren Verpflichtung oder auch zwecks Verwirklichung einer einmal eingetretenen Ersatzverpflichtung (meine Rechtsnorm S. 57, 58, 104) — überall gegeben ist, gegen Jung wie Alt, gegen Schuldige wie Unschuldige, gegen Befehlsempfänger aller Art, gegen die tauglichen wie gegen die, welche v. Ferneck als untaugliche Befehlsempfänger bezeichnet.

II.

Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht[1]).

Von Dr. Heinrich Siber, Professor in Erlangen.

§ 1.

Seit zuerst v. Amira die begriffliche Scheidung von Schuld und Haftung als Grundlage des germanischen Obligationenrechts nachgewiesen hat, haben nicht nur gewisse Spuren in älteren römischen Rechtsquellen mit größerer Wahrscheinlichkeit, als es zuvor möglich war, auf den Schluß geführt, daß auch hier das Obligationenrecht ursprünglich auf dieser, schon früher von Brinz für das römische und gemeine Recht aufgestellten Unterscheidung aufgebaut gewesen sei, sondern es ist auch das Bestreben hervorgetreten, den Gegensatz für das moderne Recht der Schuldverhältnisse oder wenigstens für einzelne seiner Gebilde zu verwerten. Von germanistischer Seite ist dies besonders hinsichtlich der sog. Verpflichtungen mit beschränkter Haftung einschließlich der Grundschuld[2]) und hinsichtlich der Bürgenhaftung geschehen. Viel weiter geht jetzt

1) Nur mit den Namen der Verfasser zitiert sind die Kommentare zum BGB., die Lehrbücher des bürgerlichen Rechts und der Pandekten, Gierkes Deutsches Privatrecht, G. Hartmanns Obligation.

2) So auch Gierke, Kohlers Enzyklopädie 1, 523.

Isay in diesen Jahrbb. 48, 187 ff., indem er nicht nur die Anwendungsfälle der Schuld ohne Haftung, wie der Haftung ohne Schuld zu erweitern sucht, sondern den Gegensatz von Schuld und Haftung im modernen Recht auch da finden will, wo beide jetzt notwendig miteinander verbunden sind, und wo es deshalb der Gesetzgeber nicht für nötig hält, auszusprechen, daß neben dem Schuldverhältnis auch ein Haftungsverhältnis bestehe (S. 189, 200, 202). Für Isay hat sich neuestens auch die gewichtige Stimme Bekkers in diesen Jahrbb. 49, 51 ff. erhoben, der mit seiner bekannten Auffassung der römischen obligatio als eines actione teneri längst von allen Romanisten Brinz am nächsten stand, ohne doch mit ihm übereinzustimmen. Zu den Anhängern zählt weiter Kuhlenbeck[1]).

Unter den Vertretern der Theorie von Schuld und Haftung besteht zwar über die Notwendigkeit der Unterscheidung Einverständnis, über das, was sie Haftung nennen, aber keineswegs. Der germanistischen[2]) Auffassung der Haftung als pfandartiger Verstrickung der Person oder Sache, die dem Gläubiger Ersatz wegen Nichterfüllung der Schuld verschaffen soll, steht Brinz am nächsten: auch er betrachtet die haftende Person oder Sache als Satisfaktionsobjekt für den Gläubiger[3]) und versteht unter Satisfaktion nicht Erfüllung, Realisierung der Schuld, sondern wirtschaftlichen Ersatz oder moralische Genugtuung wegen Nichterfüllung[4]). — Bekker S. 53 nennt jetzt Schuldverhältnis das, was er in seinen Aktionen[5]) als Anspruch bezeichnete, das Leistensollen, für das ein rechtlicher,

1) Staudinger 2², 2.

2) Neuerdings besonders noch Egger, Vermögenshaftung und Hypothek nach fränkischem Recht 14 ff.

3) Pand. 2² § 207.

4) Daselbst § 210.

5) 1, S. 7.

aber nicht immer „mittelst direkter actio" durchzuführender Zwang gegeben ist[1]. — Haftungsverhältnis das, was er in seinen Aktionen obligatio im Sinne von actione teneri nannte, das Gezwungenwerdenkönnen durch actio, in dem das Sollen nicht mitenthalten ist[2]. Als Erfolg des Aktionszwanges bezeichnet er in seinen Aktionen[3] gleichfalls, daß dem Berechtigten Ersatz wegen Ausbleibens der Leistung zuteil werden solle; aber er gibt jetzt S. 55[4] ausdrücklich zu, daß der Prozeß schon während der Herrschaft der Geldkondemnation bei Ansprüchen auf certa pecunia zur Realisierung der Schuld selbst, nicht zur Beschaffung eines Geldäquivalents für die ausgefallene Schuldleistung führte; also zur Schulderfüllung zwar nicht im Sinne einer Leistung des Schuldners, aber doch in dem einer Realisierung der Schuld, die man als Zwangserfüllung wird bezeichnen dürfen. Dies Zugeständnis trägt meines Erachtens in doppelter Hinsicht weiter: für das römische Recht unter der Herrschaft der Geldkondemnation, sofern auch Bekker[5] einen neben der actio judicati stehenden Anspruch in seinem Sinne, ein Leistensollen des Verurteilten, und sofern er die Möglichkeit einer Tilgung der actio judicati durch Zahlung[6] annimmt. Dieses Leistensollen, die Judikatsschuld, muß doch aber ebenso, wie die obligatio judicati, das teneri actione judicati stets auf certa pecunia gerichtet sein, und danach ist die Exekution stets Realisierung einer Schuld, wenn auch einer anderen als der ursprünglichen, nicht Beschaffung eines Geldäquivalents anstatt ihrer Realisierung; einen Ersatz anstatt der Realisierung der ursprünglichen Schuld verschafft nicht die

1) Aktionen 1, 6.
2) Daselbst 7.
3) S. 6.
4) Vergl. Aktionen 2, 180 A. 16, 183.
5) Daselbst 178 b.
6) Daselbst 186 f.

Exekution, sondern die Prozeßnovation, und der Ersatz ist nicht ein Geldäquivalent, sondern die auf ein solches gerichtete Schuld und Haftung aus Judikat [1]. Weiter aber muß danach seit dem Wegfall der Geldkondemnation nicht nur die auf **certa pecunia** gerichtete, sondern jede Schuld, deren Gegenstand durch Vollstreckung beigetrieben werden kann, der Realisierung durch diese fähig geworden sein. Für das heutige Recht, das jeden erdenklichen Leistungsgegenstand durch Vollstreckung beitreiben läßt, ergibt sich daraus, daß die erfolgreiche Zwangsvollstreckung stets Realisierung der Schuld und niemals mehr Gelderſatz für sie herbeiführt. Darf man diese Konsequenzen ziehen, so steht Bekkers Auffassung der herrschenden Meinung näher, als die vorige, nach der Realisierung der Schuld mit Leistung des Schuldners identisch wäre und deshalb in jeder Beziehung zu der Vollstreckung als Realisierung nur der Haftung in Gegensatz stände. — Kuhlenbeck [2] bezeichnet Haftung als „rechtliche Belangbarkeit wegen einer bestimmten Schuld, d. h. für den Fall, daß eine bestimmte Schuld nicht erfüllt wird"; er betrachtet also wohl den Erfolg ihrer Realisierung gleichfalls als Ersatz wegen Nichterfüllung.

Isay nimmt S. 189 mit der germanistischen Lehre an, daß die Haftung den Gläubiger gegen die Nachteile einer Nichterfüllung der Schuld sichern soll; er sieht S. 193 f. insbesondere in der Haftung des Bürgen eine Pflicht zur Schadloshaltung des Gläubigers; er betrachtet S. 198 als Inhalt des Sachhaftungsverhältnisses den Anspruch des Gläubigers auf den durch die haftende Sache vermittelten Schadenersatz wegen Nichterfüllung, und S. 200 als Inhalt der persönlichen Haftung dessen, der eine Duldung oder Unterlassung schuldet, „die

1) Vergl. Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis S. 3 f., 10, 169 f.

2) a. a. O.

Verpflichtung, den durch die Zuwiderhandlung entstandenen Schaden in Geld zu ersetzen". Er stellt aber weiter unter den Haftungsbegriff nicht nur — wie Bekker die Aktionen — das Recht zur Klage auf Leistung und zur Vollstreckung, sondern anscheinend jedes Zwangsrecht, auch S. 195 f. das Zurückhaltungsrecht und S. 192 selbst das Recht zur Feststellungsklage. Hier ist er nicht mehr im Einklange mit Bekker[1]), der eine obligatio nur annimmt, wo der rechtliche Zwang mittelst direkter actio durchzuführen ist; das ist z. B. beim Zurückhaltungsrecht nicht der Fall.

Diese Zeilen richten sich in erster Linie gegen die Anwendung, die Isay dem Haftungsbegriff im heutigen Rechte geben will, als die weitestgehende. Sie geben mir aber auch die willkommene Gelegenheit, die in meinem „Rechtszwang im Schuldverhältnis", 1903, enthaltenen Ausführungen mit Rücksicht auf neuere Literatur zu ergänzen und namentlich an der Hand der dort noch nicht benutzten tiefgehenden Darstellung der beschränkten Haftung in Zitelmanns Internationalem Privatrecht Bd. 2 Lief. 2, 1903, nachzuprüfen. Unmittelbar veranlaßt sind sie durch die Bemerkung Isays S. 191: ich hätte in jener Schrift „von vornherein darauf verzichtet, die Frage nach dem Haftungsverhältnis als selbständigem Rechtsbegriff zu stellen und eingehender zu prüfen"; es solle sich daraus nur überall „ergeben", daß ich einen solchen Rechtsbegriff für das heutige Recht nicht anerkenne. Meine Schrift bezweckt aber zum größeren Teil den Nachweis, daß die Haftung im heutigen Recht etwas anderes ist, als auf früheren Stufen der Rechtsentwickelung; Isays Bemerkung enthält daher den Vorwurf, daß ich auf mein eigentliches Thema nicht eingegangen sei. Da zudem meine Ausführungen den seinen

1) Aktionen 1, 6.

großenteils parallel gehen und fast alle von ihm angenommenen Fälle einer „Schuld ohne Haftung", wie einer „Haftung ohne Schuld" gleichfalls erörtern, so ist seine Bemerkung wohl dadurch verursacht, daß ich bei Ausführungen über modernes Recht möglichst vermieden habe, die Worte Schuld und Haftung zu gebrauchen. Wer die germanistische Theorie nach heutigem Recht nicht für zutreffend hält, hat zu dieser Vorsicht einigen Anlaß. Es ist ohnehin mißlich, Worte, die früher einen bestimmten technischen Sinn gehabt haben, heute in einem abweichenden Sinne technisch zu verwenden, wo dies nicht durch den Sprachgebrauch des Gesetzes selbst gerechtfertigt wird. Man setzt sich sonst leicht dem Anschein aus, daß man in der dem älteren technischen Sinn zu Grunde liegenden Anschauung wider Willen befangen geblieben sei. So hat P. Puntschart[1]) mit großer Sorgfalt aus den Materialien zum BGB. den Gebrauch von Worten, wie Gläubiger, Verpflichtung u. dgl., bei der Grundschuld nachgewiesen, um darzutun, daß sie sich von der Vorstellung einer darin enthaltenen Verpflichtung nicht haben frei machen können. Weit mehr muß sich jetzt auch das Gesetz selbst von Isay gefallen lassen, der nicht einmal der Versicherung in §§ 656, 762 BGB., daß Ehemäklervertrag, Spiel und Wette keine Verbindlichkeit[2]), und in § 66 des Börsen-

1) Grundschuldbegriff 19—34; doch sind dabei auch Mißverständnisse untergelaufen: Siber, Rechtszwang, 201 A. 1.

2) Klingmüller, Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten 224 Anm. 1 tadelt es als Urgieren des Ausdrucks, wenn man die obigen Aussprüche des Gesetzes, daß Spiel rc. keine Verbindlichkeiten begründen, dahin versteht, daß sie auch wirklich keine Verbindlichkeiten begründen. Urgieren läßt sich aber nur der Ausdruck in nebensächlichen Punkten, z. B. ein Verbot der „Doppelehe" dahin, daß eine dreifache Ehe statthaft sei (vergl. Zitelmann, Lücken im Recht 16), oder das Wort Schuldner dahin, daß nur vom männlichen Geschlecht die Rede sei. Die obigen Sätze, die ausschließlich und ausdrücklich das Vorliegen eines technischen Begriffes verneinen, können nur angenommen und ebensowenig urgiert werden, wie der

gesetzes, daß Börsentermingeschäfte unter nicht eingetragenen Personen kein Schuldverhältnis begründen, Glauben schenkt und S. 192 behauptet: es lägen hier dennoch Schuldverhältnisse vor, auf die die allgemeinen Bestimmungen des BGB. über solche anzuwenden wären; also mit anderen Worten doch Schuldverhältnisse nicht nur in seinem und dem germanistischen Sinne, sondern auch in dem des BGB. — Man muß hiernach anscheinend gewärtigen, entweder, wenn man noch von Schuld und Haftung im modernen Recht spricht, als unfreiwilliger Zeuge für die Unentbehrlichkeit nicht dieser Worte, sondern der in den älteren Quellen damit verbundenen Begriffe angeführt zu werden, oder wenn man es vermeidet, zu hören: man sei nicht nur auf diese Begriffe, sondern auch auf das, was heute an ihre Stelle getreten ist, nicht eingegangen. Notgedrungen begebe ich mich jetzt aus der zweiten Gefahr in die erste. Ein Uebergriff auf germanistisches Gebiet liegt mir dabei fern, und wenn ich gelegentlich über die früheren Begriffe von Schuld und Haftung Fragen an besser Unterrichtete aufwerfen muß, so geschieht dies nur, um die Feststellung der Grundlage für Erörterungen über den modernen Obligationsbegriff fördern zu helfen. Um aber Mißverständnisse nach Möglichkeit auszuschließen, muß ich vorausschicken, was ich, vielleicht irrtümlich, auf Grund der germanistischen Literatur unter Schuld und Haftung im älteren Sinn verstehe:

Schuld gleich Leistensollen des Schuldners, nur erfüllbar durch Willensakt des Schuldners. Oder auch eines Dritten?

Haftung gleich Bestimmung der Person oder Sache, dem Gläubiger als Ersatzobjekt zur Genugtuung oder Schadloshaltung wegen Nichterfüllung der Schuld zu dienen, — nach späterem Recht auch klag- und vollstreckbare Verpflichtung des

in § 1326 BGB., daß die bigamistische Ehe nichtig ist, oder in Art. 275 des alten HGB., daß Verträge über Grundstücke keine Handelsgeschäfte sind.

Schuldners oder eines Dritten, dem Gläubiger Ersatz, wenn auch nicht immer des Interesses[1]), wegen Nichterfüllung der Schuld zu leisten.

Ehe ich auf Isays Ausführungen eingehe, muß ich den mir darin gemachten Vorwurf kurz zurückweisen; ich nehme dabei, wie zur Vermeidung von Wiederholungen auch nachher, in den eingeklammerten Paragraphen- und Seitenzahlen auf meine frühere Schrift Bezug[2]). Ich habe (§ 1) zugegeben, daß die Unterscheidung von Schuld und Haftung, letztere im Sinn einer pfandartigen Verstrickung der Person oder Sache verstanden, dem älteren römischen Recht vermutlich ebenso eigen gewesen sei, wie dem germanischen; „praedes vendere" und „Bürgen soll man würgen", wie sonstige, schon von anderen hervorgehobene Parallelen sprechen dafür[3]). Ich habe aber weiter darzutun versucht, daß die Begriffe Schuld und Haftung in diesem Sinne dem klassischen Recht nicht mehr zu Grunde liegen können, weil danach a) die Exekution zur Erfüllung der Judikatsschuld diene, und weil b) die frühere Personenhaftung wegen Nichterfüllung aus pfandartiger Verstrickung der haftenden Person zu einer gleich der primären Schuld durch Exekution erfüllbaren sekundären, auf Ersatzleistung gerichteten Schuld geworden sei, zu einem dem primären dare oder facere oportere völlig parallelen praestare oportere; weil, mit anderen Worten, der haftende Schuldner aus dem Objekt, das dem Gläubiger zum Ersatz wegen Nichterfüllung der Schuld gedient habe, zum passiven Subjekt einer auf Geldersatz gerichteten Schuld geworden sei.

Für das moderne Recht habe ich ausgeführt, daß infolge der Ausbildung des Vollstreckungsrechts seit dem Wegfall

1) Vergl. Bierling, Jurist. Prinzipienlehre 3, 376 ff.
2) Auch Literaturnachweise wiederhole ich deshalb nicht.
3) Vergl. noch Binder, ZHR. 1905, 243.

der Geldkondemnation und der Prozeßnovation jedes primäre Leistensollen, jede „Schuld", der Erfüllung durch Vollstreckung fähig geworden sei (§ 18), und daß daher für eine „Haftung" im neueren Sinne, d. h. für eine gleichfalls, und zwar ausnahmslos (S. 115 f.) durch Vollstreckung erfüllbare Ersatzverpflichtung nur noch Raum sei α) an Stelle der primären Schuld, wenn deren Erfüllung unmöglich geworden ist; außerdem, wie hier nachzutragen ist, in den Fällen der §§ 283, 326 BGB.; β) neben der primären Schuld bei Verzögerung ihrer Erfüllung (S. 169 f., 182 f., 256). In der primären und der sekundären Schuld, zusammengefaßt mit der beiden zur Seite stehenden Klag-, Vollstreckungs- und Selbsthilfemacht des Gläubigers gegenüber dem Schuldner — nicht mit dem Rechtsschutzanspruch gegenüber dem Staat —, die sämtlich auf ein Bekommensollen des Gläubigers gerichtet sind, habe ich das Wesen des modernen Schuldverhältnisses im engeren Sinne [1]) gefunden (§ 25).

Im einzelnen habe ich darzulegen gesucht, daß in den heutigen Fällen einer „Schuld ohne Haftung", von denen übrigens Isay nur die auf die gemeinrechtlichen Naturalobligationen zurückgehende Gruppe anführt, keine Schuldverhältnisse im Sinne des BGB. (§§ 3—11, vergl. § 2), und in den schon früher von Germanisten angenommenen einer „Haftung ohne Schuld" in Wahrheit mit der Haftung im Umfange übereinstimmende „Schulden" vorliegen; so bei der gegenständlich beschränkten Verpflichtung des Erben, Schiffsreeders, Grundschuldners u. a. (§§ 20—23), wie bei der Bürgenhaftung (§ 24). Von den Zurückhaltungsrechten habe

1) Im weiteren Sinne umfaßt es auch nicht fällige, ja unter Umständen erst künftig entstehende Ansprüche (S. 89 f.), sowie Rücktritts-, Kündigungsrechte und ähnliches; vergl. Siber, Rezension von Litten, Wahlschuld, KrVJSchr. 1905, 527 ff.

ich nur das des Besitzers wegen Verwendungen behandelt (S. 195, 200, 206), weil es nach § 1003 BGB. den Gläubiger zur Zwangsveräußerung der zurückbehaltenen Sache berechtigt und sich deshalb neben dem kaufmännischen allein mit der früheren, zum Ersatz wegen Nichterfüllung dienenden Haftung berührt. Nur gestreift habe ich die Bürgschaften und Pfandrechte für künftige und aufschiebend bedingte Schulden (S. 91 f.).

§ 2. Schuld gleich Leistensollen.

Eine „Schuld ohne Haftung" im Sinn eines Leistensollens, das nicht klag- und vollstreckbar ist, ja auch eines solchen, dessen Nichterfüllung nicht einmal eine klagbare Schadenersatzpflicht begründet[1]), kann gleichwohl eine Rechtspflicht sein. Dazu ist aber vorausgesetzt einmal, daß sie auf der Rechtsordnung, nicht nur auf Moral oder Sitte beruht, und weiter, daß ihre Befolgung auch durch staatliche Mittel gewährleistet ist. Diese sind nicht immer Zwangsmittel. Das Eheverbot für Eheunmündige, § 1303 BGB., ist lex imperfecta, und dennoch ist seine Durchführung durch ein staatliches Mittel, durch die Notwendigkeit der Mitwirkung des Standesbeamten, und durch die Gewissenhaftigkeit des letzteren in höherem Maße gesichert, als es durch Androhung von Nichtigkeits- und Straffolgen für formlos abzuschließende Verträge geschehen kann. Die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB.) ist eine Rechtspflicht, obwohl sie nur klagbar, nicht auch vollstreckbar ist (§ 888, 2 ZPO.); der gerichtliche Befehl zur Herstellung der ehelichen Gemeinschaft ist eine staatliche Reaktion

1) Wo nur eine Schadenersatzpflicht für Zuwiderhandlung angedroht ist, besteht in Isays Sinn eine Haftung gleich Ersatzpflicht, aber keine Haftung gleich Klag- und Vollstreckungsmacht wegen des ursprünglichen Schuldinhalts.

auf die Verletzung der Pflicht und dazu bestimmt, Gehorsam dieser gegenüber zu erzielen; er ist auch dazu geeignet, d. h. er kann, nicht er muß Erfolg haben, und wenn er häufiger als die Vollstreckung wirkungslos bleibt, so ist das kein Grund, ihm den Sanktionscharakter abzusprechen; auch die Vollstreckung ist oft genug erfolglos. Dagegen begründet der bloße Ausspruch eines Gebotes im Gesetz, der weder Rechtsvorteile für seine Befolgung verheißt, noch eine Reaktion des Staates auf seine Verletzung androht, meines Erachtens wenigstens im Privatrecht [1]) keine Rechtspflicht; er setzt keinen staatlichen Apparat zu seiner Durchführung in Bewegung, denn die im voraus erlassene papierene Vorschrift verdient schwerlich den Namen eines solchen; wo dergleichen vorkommt, wird nur eine in das Gesetz verirrte Moralvorschrift anzunehmen sein [2]).

Auch aus der Anwendbarkeit staatlicher Mittel zur Herbeiführung des Gehorsams gegen gewisse Gebote ist aber kein sicherer Schluß auf deren Charakter als Rechtspflichten zu ziehen. Die Rechtsordnung stellt gelegentlich Vorteile in Aussicht oder sie droht Nachteile an, um die Befolgung bloßer Moralgebote zu fördern: weder aus dem jus liberorum, noch aus der Inkapazität folgt eine Rechtspflicht, zu heiraten und Kinder zu zeugen; aus der drohenden nota censoria mit ihren nachteiligen Rechtsfolgen ergibt sich nicht eine Rechtspflicht zum ehrenhaften Lebenswandel. Es kommt wohl auch vor, daß die Rechtsordnung durch ihre Mittel ein Verhalten zu fördern sucht,

1) Für Staatsrecht mag es zweifelhaft sein; vergl. Binding, Normen 1², 492.

2) Kohler, GrünhutsZ. 14, 8 f. nennt „reaktionsunfähig" nicht Ansprüche, auf deren Nichterfüllung die Rechtsordnung überhaupt nicht reagiert, sondern nur des gerichtlichen Zwanges unfähige. Irgend eine Reaktion der Rechtsordnung verlangt er auch bei den reaktionsunfähigen; er hält aber gleichfalls die soluti retentio für ausreichend. Vergl. noch Kohler, Lehrb. d. bürgerl. Rechts 1, 181.

zu dem nicht einmal eine sittliche Pflicht besteht, wie etwa beim Inaussichtstellen von Denunziantenprämien in Zollgesetzen.

Nicht selten findet sich weiter eine Reaktion auf Verstöße gegen Moralvorschriften ohne die Tendenz, deren Befolgung zu fördern: die Untauglichkeit zur Vormundschaft wegen unsittlichen Lebenswandels (fr. 8 de confirm. tut. 26, 3), das Pflichtteilsrecht der Geschwister des Erblassers gegenüber der ihnen vorgezogenen turpis persona (c. 27 de inoff. test. 3, 28) deuten weder auf eine Rechtspflicht zum ehrenhaften Lebenswandel, noch wollen sie zur Befolgung der ihn gebietenden moralischen Pflicht erziehen.

I. Auf die Frage, was in Wahrheit Recht und Moral scheidet, ist hier natürlich nicht einzugehen; für den vorliegenden Zweck bedarf es auch nicht ihrer Beantwortung. Aus den herangezogenen Beispielen ergibt sich aber, daß aus der ein Verhalten der Person fördernden oder zurückhaltenden Reaktion der Staatsgewalt nicht mit Sicherheit auf das Bestehen einer Rechtspflicht geschlossen werden kann. Das gilt auch bei manchen Pflichten, die man vielleicht als Inhalt von Schuldverhältnissen anzusehen geneigt sein könnte:

1) Verheißung rechtlicher Vorteile findet sich

a) zur Förderung der Befolgung einer Rechtspflicht im Mäklervertrag (§ 4), im Trödelvertrag und buchhändlerischen Konditionsgeschäft (§ 5, S. 28 f.);

b) zur Förderung eines nicht durch Rechtspflicht gebotenen Verhaltens im condicionis implendae causa datum (§ 5, S. 27) und häufig in der Auslobung (S. 26 f.); dieses Verhalten ist nicht einmal Inhalt einer moralischen Pflicht beim Preisausschreiben; es kann aber auch schon vor der Auslobung Inhalt einer öffentlich- oder privatrechtlichen Pflicht sein, wie beim Ausschreiben einer Belohnung für die Anzeige eines ge-

meingefährlichen Verbrechens, § 139 StGB., für die Ablieferung der Fundsache, § 969 BGB.

2) Androhung von Rechtsnachteilen findet sich

a) als Folge der Nichterfüllung einer Rechtspflicht bei der Vertragsstrafe [1]) ohne Hauptverpflichtung (§ 6) und bei vielen Anzeigepflichten, die nicht klagbar sind, deren Nichtbefolgung aber klagbare Schadenersatzpflichten erzeugt, z. B. §§ 665 S. 2, 1237 S. 2, 545 BGB. (§ 7);

b) als Folge eines nicht durch Rechtspflicht untersagten Verhaltens bei den angeblichen Pflichten des Käufers zur Mängelrüge, des Erben zur Inventarerrichtung u. a. (§ 7), in den Wirkungen des Gläubigerverzuges (§ 8), in möglichen Fällen der **facultas alternativa** des Schuldners (§ 10). Weiter auch, wie hinzuzufügen ist, in der Widerruflichkeit der Schenkung wegen groben Undanks, § 530 BGB. Die Pflicht zur Dankbarkeit gegen den Schenker ist keine rechtliche, sondern nur eine moralische; sie besteht überhaupt nicht, wo die Schenkung, vom Standpunkt der Moral betrachtet, Erfüllung einer sittlichen Pflicht oder Anstandsrücksicht war (vergl. § 534 BGB.); und die Rechtsordnung reagiert auf ihre Verletzung nicht immer, sondern nur, wenn sie eine grobe ist.

Wenn man herkömmlicherweise, obwohl nicht genau [2]), den Klag- und Vollstreckungszwang als unmittelbaren und die dadurch sanktionierte Verpflichtung als direkte bezeichnet, so er-

---

1) G. v. Buchka, „Die indirekte Verpflichtung zur Leistung", 1904, S. 41 rügt diesen, auch in der Literatur meist vermiedenen Ausdruck; meines Erachtens mit Unrecht: Vertragsstrafe bedeutet nicht Strafe für Verletzung einer Vertragspflicht, da die „eigentliche" Vertragsstrafe des § 339 BGB. auch für Verletzung gesetzlicher Verpflichtungen zugesagt werden kann, sondern eine durch Vertrag, nicht durch Gesetz verhängte Strafe; eine solche ist auch die ohne Hauptverpflichtung.

2) Auch die Vollstreckung bedient sich des mittelbaren Zwanges in den Fällen der §§ 888—890 ZPO.

geben sich in den Fällen 1a und 2a mittelbar sanktionierte[1]) oder indirekte Rechtspflichten, in den Fällen 1b und 2b dagegen nicht[2]). Denn der äußere Umstand, daß die Rechtsordnung für ein Verhalten Vorteile verheißt oder Nachteile androht, gestattet, wie gesagt, für sich allein nicht den Schluß auf eine Rechtspflicht; ein solcher kann nur aus dem inneren Zweck jener Vorschrift gezogen werden. Beim Mäklervertrag ist es dem Gesetz nicht gleichgültig, ob der Mäkler tätig werden und den Lohn verdienen, oder ob er untätig bleiben und ihn nicht erwerben will; bei der Vertragsstrafe ohne Hauptverpflichtung nicht, ob der Versprechende das unter Strafe gestellte Verbot befolgen und die Strafe vermeiden, oder ob er es übertreten und die Strafe auf sich nehmen will; das Gesetz will die Tätigkeit des Mäklers, die Befolgung des Verbotes fördern. Dagegen ist es ihm einerlei, ob der Erbe die Inventarerrichtung unterlassen und die unbeschränkte Haftung auf sich nehmen, oder ob er rechtzeitig das Inventar errichten und sich die Möglichkeit ihrer Vermeidung sichern will —, ob der Käufer die Ware untersuchen und sich damit die Mängelansprüche sichern, oder ob er die Untersuchung unterlassen und sich dieser begeben will. Dem Erbschaftsgläubiger, wie dem Verkäufer, in deren Interesse die angeblichen Pflichten zur Inventarerrichtung und zur Mängelanzeige doch allein festgesetzt sind, ist mehr damit gedient, wenn diese verletzt, als wenn sie befolgt werden. — Weil hiernach das Kriterium für die Unterscheidung der äußer-

1) Hölder, ZZP. 33, 378 rügt die Bezeichnung als mißverständlich; das ist sie, ebenso wie die der Verpflichtung als „indirekte", allerdings; ich kann sie aber einstweilen nicht entbehren, da ich keine bessere und ebenso kurze weiß.

2) Die oben zitierte, fördernde und verdienstliche Schrift G. v. Buchkas ist noch nicht abschließend, weil sie in den Fällen unter b) gleichermaßen, wie in den Gruppen a) indirekte Verpflichtungen annimmt und beide überhaupt nicht hinreichend unterscheidet.

lich nicht erkennbare Zweck der Gesetzesvorschrift ist, kann die Frage, ob eine indirekte Pflicht vorliege oder nicht, oft zweifelhaft, vielleicht auch die Grenze flüssig sein. So mag den Folgen des Annahmeverzuges allenfalls dann eine indirekte Pflicht zur Abnahme zu Grunde liegen, wenn der Schuldner ebenso wie der Verkäufer, Werkunternehmer, Verwahrer (§§ 433, 2, 640, 1, 696 BGB.) ein Interesse hat, den geschuldeten Gegenstand loszuwerden[1]).

3) Eine Reaktion der Rechtsordnung auf bloße Gebote der Moral oder der Sitte, und zwar eine Reaktion ohne die Tendenz, deren Befolgung zu fördern, finde ich nach wie vor im Ausschluß der condictio indebiti bei irriger Erfüllung der Anforderungen, die der wohl heute noch herrschenden Meinung nach als Naturalobligationen oder unvollkommene rechtliche Verbindlichkeiten angesehen werden. Diese Meinung geht auf das römische Recht zurück, das aber vielen Naturalobligationen außer dem Ausschluß der condictio indebiti noch weitere Wirkungen, darunter auch wahre Zwangswirkungen, wie die Kompensabilität, beilegte. Im heutigen Recht ist nur der Ausschluß der condictio indebiti übrig geblieben, und der hat weder eine Zwangswirkung, noch ist er ein staatliches Mittel zur Förderung der freiwilligen Erfüllung. Er setzt nicht die Staatsgewalt in Bewegung, sondern er hindert sie an jeder Bewegung. Gefördert werden kann nur die künftige Leistung, er aber zeigt sich erst, nachdem ohne jede Förderung seitens des Staates geleistet worden ist. Er ist eine Reaktion auf die erfüllte, nicht auf die unerfüllte oder verletzte Pflicht (S. 48 ff., 68, vergl. S. 12 ff.).

Zu seiner Erklärung ist nicht, wie Bekker[2]) meint, er-

1) Vergl. v. Buchka, a. a. O. 5.

2) ZRG(R). 24, 352 Anm.; mit größerem Zweifel Pandekten 1, 86, wo auch nur ein Wunsch, eine Empfehlung, kein eigentliches Gebot des Gesetzgebers angenommen wird. Siehe auch Landsberg 1, S. 60 f., 388 Anm. 2.

forderlich, daß „ein solches vom Recht mit bestimmter Wirkungskraft ausgestattetes Etwas als Rechtsding anerkannt" werde. Die gleiche Wirkungskraft wird in § 814 BGB. jeder sittlichen oder Anstandspflicht beigelegt, die doch kein rechtliches Etwas ist. Wenn, wie sich oben ergab, nicht einmal solche Rechtswirkungen, die zur Befolgung sittlicher Pflichten erziehen wollen, im stande sind, die Vorschriften der Moral auch zu solchen des Rechts zu erheben, so kann das noch viel weniger von § 814 BGB. gelten, der nur der erfüllten sittlichen Pflicht eine Wirkung beilegt, also kein Mittel zur Förderung ihrer Erfüllung sein kann. Er hat noch weniger, als das Recht der **nota censoria**, die Bedeutung einer en bloc-Rezeption des Moralgesetzes; die sittliche Pflicht ist durch ihn nicht zu einem „Rechtsding" gemacht worden, sie ist ein moralisches Etwas geblieben.

Der Ausschluß der condictio indebiti erklärt sich in der einen Gruppe von Fällen, zu denen außer dem des § 814 auch der der rechtskräftig abgewiesenen [1]) verjährten Forderung

---

1) Vorher ist auch die verjährte Forderung klag- und vollstreckbar, was Isay 204 nicht beachtet. Nachher hat sie außer dem Ausschluß der condictio indebiti keine Wirkung mehr; sie gehört, weil die Rechtsordnung ihre Erfüllung nicht mehr fördert, auch nicht mehr dem Rechtsgebiet an und ist zur bloßen moralischen Pflicht geworden. Die Erklärung, die ich (S. 147) dem Erlöschen des auf Grund peremtorischer Einrede abgewiesenen Anspruchs mit der Rechtskraft des Urteils zu geben versuchte, steht der von Isay S. 191 f., 204 und Riezler-Staudinger 1^{2} § 194, 2, § 222, 2 gegebenen sehr nahe. Ich halte sie aber als verklinstelt nicht mehr aufrecht und neige jetzt dazu, mit Hölder und Hellwig in der Geltendmachung der Einrede etwas der Anfechtung Verwandtes, in der Einrede ein negatives Kannrecht im Sinne eines Rechts zur Vernichtung oder Veränderung des Anspruchs zu sehen. Daran freilich halte ich entschieden fest, daß diese Wirkung nur der gerichtlichen und bis zur rechtskräftigen Klagabweisung durchgeführten Geltendmachung der Einrede zukommt; wird sie während des Prozesses zurückgenommen, so ist ihre Geltendmachung niemals bis zur Wirkung der Anspruchsvernichtung vorgeschritten.

gehört, daraus, daß die Rechtsordnung nicht den Arm bieten darf, um Verstöße gegen Sittlichkeit und Anstand erst durch ihre Mittel zu ermöglichen; das wäre der Fall, wenn sie dem, der, ohne es zu wollen, anständig gewesen ist, in der condictio indebiti ein Mittel gäbe, dies rückgängig zu machen (S. 50 ff.). In der zweiten, bei Ehemäklervertrag, Spiel, Wette u. ähnl., liegen Pflichten weder nach dem Recht, noch nach Sittlichkeit oder Anstand, sondern nur nach der Sitte vor. Durch den Ausschluß der condictio indebiti will ihnen die Rechtsordnung nicht den gleichen Respekt erweisen, wie den sittlichen und Anstandspflichten: sie dokumentiert dadurch nur, daß sie sich mit unsauberen Verhältnissen, wie der Heiratsvermittelung, und mit Vereinbarungen ohne ernsten Lebenszweck, wie Spiel und Wette, überhaupt nicht befassen will, daß sie solche weder billigt noch mißbilligt, sondern die Reaktion darauf dem privaten Wirken der Gesellschaft[1]) überläßt (S. 55 ff.). Eine dritte Gruppe (S. 49), die auch Bekker S. 52 heranziehen will, wird vom Gesetz unter einem anderen Gesichtspunkt betrachtet: formlos eingegangene Schenkungsversprechen und Bürgschaften werden durch Erfüllung wirksam (§§ 518, 2, 766 S. 2 BGB.). Das hat freilich wohl nichts weiter zur Folge, als den Ausschluß der condictio indebiti, und die im Gesetz zu Grunde gelegte Konstruktion ist natürlich nicht bindend. Aber sie ist jedenfalls möglich und in einem anderen Falle sogar notwendig: Auch der obligatorische Vertrag über Grundstücksveräußerung wird nach § 313 S. 2 BGB. von der Nichtigkeit wegen Formmangels durch Auflassung des Grundstücks und Eintragung des Erwerbers als Eigentümer geheilt, und zwar nicht nur mit der Wirkung des Ausschlusses der condictio indebiti des übereigneten Grundstücks. Hier wird viel-

1) Ueber den Unterschied von Recht und Konventionalregel vergl. Stammler, Wirtschaft und Recht S. 125 f., 129.

mehr der Vertrag in vollem Umfange wirksam, so daß auf Zahlung des Kaufpreises, auf Abstoßung der nicht übernommenen Hypotheken (§ 439 BGB.) geklagt werden kann, daß die Uebernahme der hypothekarisch gesicherten Schulden in Kraft tritt (§ 416 BGB.) u. a. m. Die Heilung der Nichtigkeit durch nachträgliche Erfüllung ist danach ein Gesichtspunkt, dessen Notwendigkeit wenigstens in einem[1]) Falle, wo daraus mehr folgt als Ausschluß der condictio indebiti, gewiß ist, und dessen Anwendung auf Fälle, wo nichts Weiteres daraus folgt, durchaus möglich ist. Freilich ist nicht zu bestreiten, daß man sie auch unter dem unvollkommener Rechtspflichten betrachten könnte, wenn deren Vorkommen im heutigen Recht auch ohne sie feststände; aber es liegt doch kein Grund vor, diesen Gesichtspunkt nur ihnen zuliebe, noch dazu im Widerspruch mit den Gesetzesworten, aufzustellen, wenn seine Geltung im Gesetz nicht ohnehin gesichert ist.

Was für den Rechtscharakter der sog. unvollkommenen Verbindlichkeiten im modernen Recht angeführt wird, hat nichts Ueberzeugendes, insbesondere nicht die gelegentlich auf den Ausschluß der condictio indebiti und des Widerrufs sittlich gebotener Schenkungen wegen Undanks gestützte Bemerkung, daß hier „wahre Erfüllung" vorliege (S. 50 ff.). Aus der Möglichkeit der Erfüllung folgt nichts über die Natur dessen, was erfüllt wird; denn außer Rechtspflichten können auch sittliche

---

1) Meines Erachtens gehört hierher auch § 873, 2 BGB.: Eine Einigung, an die der Erklärende „nicht gebunden" ist, hat keine Wirkung und ist deshalb nichtig. Der Paragraph besagt, seiner schwerfälligen und unübersichtlichen Form entkleidet: a) Die Einigung bedarf der gerichtlichen, notariellen oder grundbuchamtlichen Form. b) Die Nichtigkeit wegen Mangels dieser Form wird geheilt durch Aushändigung einer Eintragsbewilligung an den Gegner oder durch Eintrag der Aenderung in das Grundbuch. Ferner § 875, der ähnlich, aber etwas einfacher zu umschreiben ist.

und Anstandspflichten erfüllt werden, ferner Hoffnungen, Erwartungen, Besorgnisse, die Zeit und andere Dinge[1]), die mit Pflichten überhaupt keine Berührung haben; meint man aber mit der „wahren Erfüllung" die „Erfüllung wahrer Rechtspflichten", so ist das bloße Wiederholung des thema probandum, daß eine wahre Rechtspflicht vorliege. — Wenn Isay S. 192 aus der Stellung der §§ 656 und 762 im zweiten Buch des BGB. schließen will, daß es sich um wirkliche Schuldverhältnisse handle, so ist das wohl eins der Argumente, die nur auf den Eindruck machen, dessen Meinung sie bestätigen; man könnte mit gleichem und vielleicht noch besserem[2]) Recht aus der Stellung der §§ 1215 ff. im dritten Buche die dingliche Natur der actiones pigneraticiae in personam folgern wollen. Seine weitere Bemerkung, daß die allgemeinen Grundsätze über Unmöglichkeit der Leistung, Erfüllung „u. s. w." auf Spielschulden anwendbar seien, ist formell nur eine Folgerung aus deren angeblichem Charakter als Schuldverhältnisse; aber sachlich vielleicht auch dazu bestimmt, diesen Charakter zu beweisen, sofern sie die Vorstellung nahelegt, daß Spielschulden der allgemeinen Regelung im Gesetz bedürftig wären und ohne Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse völlig ungeregelt dastünden. Beides ist aber nicht zutreffend. Wenn Spielschulden keine Rechtspflichten sind, so bedürfen sie auch keiner gesetzlichen

1) Ganz unbegründet daher Klingmüller, a. a. O. 228 f.; von solutio, „der Lösung eines obligatorischen Bandes" zu reden, ohne daß ein solches geknüpft sei, führe zum „Mord ohne Todesfall" oder der „Verlobung ohne Braut". Solutio ist nicht nur Lösung eines obligatorischen Bandes; als ob es nicht auch solutio matrimonii, linguae, Auflösung einer Versammlung, eines Konkubinats, einer Dissonanz, einer Rechenaufgabe, eines Knotens gäbe!

2) Denn da sie obligatorisch sind, wäre logisch ihr gegebener Platz im zweiten Buch. Für Spielschulden ist aber in den anderen Büchern noch weniger Platz, als im zweiten.

Regelung, und die Folgen, die das Recht nicht ihrem Bestehen, sondern ihrer Erfüllung beilegt, ergeben sich aus den §§ 762 ff. BGB. allein, ohne daß man auf die allgemeinen Grundsätze der Schulderfüllung zurückzugreifen braucht. Ist die ausgespielte Sache schon zur Zeit des Spieles nicht mehr vorhanden oder später durch Zufall untergegangen, so kann sie natürlich ebensowenig geleistet werden, wie wenn sie aus gültigem Vertrage geschuldet war, aber nicht nach dem BGB., sondern nach dem Naturgesetz. Leistet der Verlierer anstatt der untergegangenen Sache deren Wert, so kann er ebensowenig zurückfordern, wie wenn er die Sache selbst geleistet hätte; aber er kann es, anders als nach §§ 306, 275 BGB., auch dann nicht, wenn sie schon zur Zeit des Spieles nicht mehr existierte oder nachher durch Zufall untergegangen war, denn er hat gleichwohl „auf Grund des Spieles" geleistet (§ 762). Auch die Leistung eines Dritten für den Verlierer oder eines aliud anstatt des ausgespielten Gegenstandes kann nicht zurückgefordert werden, aber nicht nach §§ 267, 364, sondern nach § 762 BGB., weil sie gleichfalls Leistung „auf Grund des Spieles" ist.

Daß in Fällen dieser Art überhaupt von Pflichten, Schulden, Forderungen und deren Erfüllung gesprochen werden kann, beruht darauf, daß auch hier sanktionierte Anforderungen vorliegen; die Sanktion aber geschieht nicht durch das Recht, sondern durch private Mittel der Gesellschaft[1]). Diese bedroht, wenn sie anständig ist, den Schuldner mit Ausschließung, wenn er den Gläubiger durch Geltendmachung der Verjährungseinrede geprellt hat. Gleiches tun die Gesellschaftskreise des Spielers, die in der Spielschuld eine Ehrenschuld sehen (S. 58 f.). Diese private gesellschaftliche Sanktion, die sich z. B. in der Duellsitte selbst einem entgegenstehenden rechtlichen Verbot gegenüber oft als die stärkere[2]) zeigt, schafft erst

1) Vergl. Regelsberger 1, 62; Gierke 1, 113 f.
2) Vergl. Stammler a. a. O. 130.

die äußere Aehnlichkeit mit Rechtspflichten; sie ist aber nicht im stande, Pflichten der Moral oder der Sitte in solche des Rechts zu verwandeln.

II. Wenn hiernach eine Reaktion der Rechtsordnung auf Verstöße gegen Moralvorschriften nicht ausreicht, um sie zu Rechtsvorschriften zu erheben, so folgt doch umgekehrt aus dem Mangel jeder rechtlichen Reaktion auf ein unerfülltes Gebot, dessen Zugehörigkeit zum Recht, zur Moral oder zur Sitte an sich zweifelhaft sein könnte, mit Gewißheit, daß es kein Rechtsgebot ist. Auch die germanische Schuld wäre keine Rechtspflicht, wenn ihre Nichterfüllung keine Rechtsfolgen nach sich zöge[1]). Ich glaube annehmen zu können, daß dies auch der Standpunkt der germanischen Rechtsquellen ist[2]), weil vermutlich alle Rechtsquellen über Pflichten, deren Verletzung das Recht ignoriert, regelmäßig schweigen werden. Die Reaktion auf die Rechtspflicht aber braucht nicht in einem Zwangsrecht gegen den Schuldner, sei es auf Erfüllung oder auf Entschädigung gerichtet, zu bestehen. Auch Zwangsrechte gegen Dritte sind dazu geeignet, mag dabei Iherings[3]) Gedanke zu Grunde liegen, daß der Dritte, um ein Uebel von sich abzuwenden, den Schuldner durch privaten Einfluß zur Erfüllung bewegen werde, oder mag ein Appell an das Ehrgefühl oder Mitleid des Schuldners gewollt sein, ungefähr wie bei der drohenden Mißhandlung eines Prügelknaben; so oder so ist damit das Leistensollen des Schuldners selbst gewährleistet, zwar durch Mittel, die dem zahlungsunfähigen, ehrlosen oder gefühlsrohen Schuldner gegenüber

1) Sonst fehlt es an der Tendenz unbedingter Durchsetzung, die auch Gierke 1, 114 als dem Recht wesentlich ansieht; vergl. auch Stammler a. a. O. 129.

2) Siehe auch Gierke, Kohlers Encyklopädie 1, 522.

3) Geist des röm. Rechts 3[4], XV f.

leicht versagen werden, immerhin aber durch Mittel des Rechts mit dem unverkennbaren Zweck, den Schuldner zur Leistung zu bewegen. — Zur Sanktion der germanischen Schuld diente außer der vertragsmäßigen Haftung des Schuldners, eines Dritten oder einer Sache, die fehlen konnte, die dem Schuldner wegen rechtswidrigen Verhaltens drohende Friedloslegung [1]), ebenfalls eine Reaktion der Rechtsordnung auf die nicht erfüllte Schuld. Dagegen gilt von drohender Ehrenminderung nur dann das Gleiche, wenn sie eben auf der Rechtsordnung, nicht, wenn sie, wie heute zumeist, auf rechtlich ungeordneter privater Reaktion der Gesellschaft beruht.

III. Daß Schuldverhältnis im Sinne des BGB. ein engerer Begriff ist, als Rechtspflicht, folgt aus § 343, 2, nach dem eine Strafe auch „außer in den Fällen der §§ 339, 342" für den Fall einer Handlung oder Unterlassung versprochen werden kann. Das nach diesen Paragraphen zu strafende Verhalten ist Nichterfüllung einer „Verbindlichkeit"; die Handlung oder Unterlassung in § 343, 2 muß also eine solche sein, zu deren Gegenteil keine „Verbindlichkeit", aber doch eine Rechtspflicht besteht; denn nur die Verletzung einer solchen kann kraft Rechtens bestraft werden. Das Unterscheidende zwischen beiden ist aber nur, daß die „Verbindlichkeit" der §§ 339, 342 auch durch Klag- und Vollstreckungsmacht des Gläubigers geschützt ist, die Rechtspflicht des § 343, 2 ausschließlich durch die drohende Strafe. Dieser Schluß auf die Terminologie des BGB. ist zwingend, weil der Gegensatz zwischen §§ 339, 342 und § 343, 2 im letzteren als ausschließender hingestellt wird und demnach ein beabsichtigter sein muß. — Die gleiche Folgerung wird meist aus §§ 656, 762 BGB. gezogen; auch nach Isay soll mit den Worten, daß Ehemäklervertrag und Spiel

1) Brunner, Kohlers Encyklopädie 1, 250; Egger a. a. O. 410; Gierke 2, 811 A. 7, Kohlers Encyklopädie 1, 522.

keine „Verbindlichkeit" begründen, nur gesagt sein, daß daraus keine Klage und Vollstreckung stattfinden könne; nach der oben vertretenen Ansicht, die hier nicht einmal eine Rechtspflicht annimmt, ist dieser Schluß natürlich nicht zwingend; aber der aus § 343, 2 reicht auch für sich allein aus.

Wenn nun das BGB. hier, anders als § 66 des BörsG., zwar nur eine „Verbindlichkeit" und nicht ein „Schuldverhältnis" leugnet, so ist doch meines Wissens bisher der Nachweis nicht versucht worden, daß Verbindlichkeit, Verpflichtung, Schuld und Forderung nach dem Sprachgebrauch des BGB. etwas anderes bedeuten, als das Schuldverhältnis im engeren Sinne, vom Standpunkt bald des Schuldners, bald des Gläubigers aus betrachtet. Daß diese Worte in älteren Quellen Verschiedenes bedeutet haben, berechtigt nicht zu einem Schluß auf das BGB., und der Versuch, den im Munde der Redaktoren offenbar synonymen Bezeichnungen je nach ihrer zufälligen Anwendung im Gesetz eine verschiedene Bedeutung unterzulegen, würde eine heillose Verwirrung zur Folge haben, die dem Willen der Redaktoren, wie des Gesetzes unmöglich entsprechen kann[1]).

§ 3. Schuld gleich Bekommensollen und Personenhaftung gleich Schadenersatzpflicht.

I. Mit dem letzten, rein terminologischen Ergebnis ist für die Theorie wenig gewonnen, wenn ihm nicht auch eine sachlich begründete Unterscheidung entspricht.

1) Aus dem Inhalt des Leistensollens ist diese nicht zu rechtfertigen. Denn in der Regel kann dieselbe Leistung Gegenstand so gut einer direkten, wie einer indirekten Pflicht sein; z. B. kann dieselbe Vermittelungstätigkeit aus Mäklervertrag indirekt, aus Werkvertrag direkt geschuldet sein (S. 20 f.);

1) Vergl. unten § 5, 2.

es kann ein nur durch Vertragsstrafe sanktioniertes Leistungsgebot durch Hauptvertrag auch zum Inhalt einer direkten Pflicht erhoben werden.

2) Ist daher die Terminologie des BGB. nicht völlig willkürlich, so muß sie in einer Verschiedenheit des Zwanges bei direkten und indirekten Pflichten ihren Grund haben.

Dieselbe deckt sich nicht mit dem Gegensatz des physischen und psychischen Zwanges. Wäre der Vollstreckungszwang stets ein physischer, so ließe sich sagen, daß den indirekten Pflichten nur ein psychischer, den direkten ein psychischer und ein physischer Zwang entspreche; denn auch bei den letzteren wird dem Schuldner oft für die Schulderfüllung ein Vorteil verheißen, wie bei allen gegenseitigen Verträgen, und es wird ihm stets ein Nachteil wegen schuldhafter Nichterfüllung angedroht, nämlich die Schadenersatzpflicht. — Aber auch die Vollstreckung bedient sich des psychischen Zwanges, und zwar nicht nur nebenher zur Vorbereitung des physischen bei der Auferlegung des Offenbarungseides zur Ermittelung pfändbarer Vermögensstücke oder der geschuldeten, beim Verurteilten nicht vorgefundenen Spezies, § 883, 2 ZPO., sondern auch ausschließlich bei den Strafandrohungen der §§ 888—890 ZPO.

Ein nur regelmäßiger, aber nicht wesentlicher Unterschied ist ferner der in der Intensität. Der Vollstreckungszwang ist meist auch dann der stärkere, wenn er nur ein psychischer ist: Der auch bei indirekten Pflichten stattfindende Zwang ist mit einem Schlage erschöpft, wenn durch Zuwiderhandlung die Aussicht auf Vorteil verloren oder der drohende Nachteil eingetreten ist. Dagegen können die Strafen der §§ 888—890 ZPO. bis zu einem Höchstbetrage wiederholt verhängt werden, solange sich nicht die zu Grunde liegende Pflicht zur persönlichen

unvertretbaren Leistung in eine Schadensersatzpflicht verwandelt hat; das geschieht aber — von dem hier seltenen Eintritt der Unmöglichkeit abgesehen — nur, wenn die Verurteilung rechtskräftig geworden ist, und der Gläubiger gemäß § 283 BGB. unter Fristbestimmung die primäre Leistung abgelehnt hat; bis das Höchstmaß der Strafen erreicht ist, kann er also durch Entschädigung wegen Nichterfüllung nur abgefunden werden, wenn er selbst gemäß § 283 erklärt hat, sich damit zufrieden zu geben. — Die verschiedene Intensität ist indessen kein ausreichender Unterscheidungsgrund; sie findet sich einmal auch innerhalb der Vollstreckung, z. B. vermöge des beneficium competentiae, und innerhalb des Zwanges bei indirekten Pflichten vermöge der verschiedenen Bemessung des verheißenen Vorteils oder des angedrohten Nachteils; weiter kann gelegentlich auch einmal der bei indirekten Pflichten vorliegende Zwang stärker sein, als der Vollstreckungszwang; z. B. wird nicht selten ein nur durch hohe Vertragsstrafe gesicherter Gläubiger leichter zur freiwilligen Erfüllung gelangen, als ein Vollstreckungsgläubiger zur Zwangsbefriedigung. Der Unterschied des Zwanges bei direkten und indirekten Pflichten kann also kein gradueller sein.

Er ist vielmehr nur darin zu finden, daß die Reaktion der Rechtsordnung auf das unerfüllte primäre Leistensollen sich bei indirekten Pflichten im bloßen Vorhandensein der Vorteil verheißenden oder Nachteil androhenden Rechtsvorschrift erschöpft, während mit der nur bei direkten zulässigen Vollstreckung ein besonderer Zwangsapparat in Bewegung gesetzt wird. Die Staatsgewalt funktioniert dort nur als gesetzgebende zur generellen Förderung der Erfüllung aller ihr örtlich und zeitlich unterworfenen, indirekten wie direkten Pflichten, hier als vollstreckende zur konkreten Durchführung der einzelnen direkten Pflicht. Das Vorhandensein der Gesetzesvorschrift wirkt stets,

auch wo sie die Anwendung des Vollstreckungsapparates androht, nur als psychischer Zwang zur Erfüllung; die Vollstreckung ist bald physischer, bald psychischer Zwang; ob Entschädigungs- oder gleichfalls Erfüllungszwang, bleibt noch zu untersuchen.

II. Der Gegensatz von direkter und indirekter Pflicht ist aber noch in anderer Richtung in Frage gestellt. Von verschiedenen Ausgangspunkten her fordern zwei Theorien die Ausscheidung der Klag- und Vollstreckungsmacht des Gläubigers aus den Begriffen des privatrechtlichen Anspruchs und des Schuldverhältnisses.

1) Wenn Wach einen öffentlichen Rechtsschutzanspruch gegen Staat und Partei, oder wenn Hellwig, Stein u. a. zwar nur einen solchen der Partei gegen den Staat annehmen, aber der Gegenpartei gegenüber mit deren gleichfalls öffentlichrechtlicher Unterwerfung unter die Staatsgewalt aushelfen wollen, so bleibt nach der ersten Fassung für eine privatrechtliche, nach der zweiten für irgend eine Klag- und Vollstreckungsmacht des Gläubigers gegen den Schuldner kein Raum.

Es wäre in einer Schrift über Privatrecht nicht der Ort, zu der lebhaft umstrittenen Theorie des Rechtsschutzanspruchs überhaupt Stellung zu nehmen, wenn sie nicht in diesen beiden, übrigens nicht von allen ihren Anhängern gebilligten Fassungen in doppelter Hinsicht auf die privatrechtlichen Begriffe des Schuldverhältnisses und des Anspruchs Einfluß hätte.

Einmal fällt mit ihr der privatrechtliche Unterschied zwischen den römisch-gemeinrechtlichen Zivil- und Naturalobligationen, wie zwischen den heutigen direkten und indirekten Pflichten in sich zusammen. Wenn sich die Klag- und Vollstreckungsmacht des Gläubigers im Rechtsschutzanspruch erschöpft, so kann ihr Vorhandensein oder Fehlen so wenig einen Unterscheidungs-

grund für die privatrechtlichen Pflichten abgeben[1]), wie etwa die Dekoration oder Nichtdekoration durch Orden einen Einteilungsgrund für die privatrechtlichen Personen.

Weiter aber führt sie zur völligen Entwertung der im BGB. zu Grunde gelegten Begriffe des Anspruchs[2]) und damit auch des Schuldverhältnisses im engeren Sinne; für beide bleibt nach ihr nichts übrig, als die privatrechtlich, also anders als durch Verleihung der öffentlichrechtlichen Klag- und Vollstreckungsmacht sanktionierte Pflicht, und der Anspruch wird danach zu einem bloßen, vom Leistensollen des Schuldners auf den Gläubiger fallenden Reflex. Nach dem BGB. ist er ein Recht des Gläubigers zu eigenem Handeln, das § 194, 1 als „Verlangen" der Leistung bezeichnet. Dieses Verlangen schrumpft nach jenen Theorien zur bloßen privaten Aufforderung ein (S. 70), die schon als Mahnung nach dem Fälligwerden und bei Langheinekens[3]) „verhaltenen Ansprüchen" als Mittel zur Herbeiführung der Fälligkeit nur eine ganz untergeordnete, im übrigen gar keine Bedeutung hat. Nimmt man gar, meines Erachtens mit Unrecht, einen Anspruch schon vor der Fälligkeit an, so ist das Recht zu verlangen völlig inhaltslos; denn dem Gläubiger kann zwar nicht verwehrt werden, den Schuldner schon vorher zur Leistung beim Eintritt der Fälligkeit aufzufordern; aber diese Aufforderung hat überhaupt keine Rechtswirkung, sie ist müßiges Gerede und deshalb nicht Inhalt eines Rechts. — Dies Ergebnis kann nur unversöhnlichen Gegnern des im BGB. zu Grunde geschaffenen Anspruchsbegriffs erwünscht sein, die darin mit

1) Vergl. Hölder, JheringsJ. 46, 271.

2) Auch Degenkolb, Beiträge zum Zivilprozeß 96 ist der Meinung, daß jene Rechtsschutztheorie dem Prozeß vindiziert, was dem Privatrecht gehört.

3) Anspruch und Einrede 101 ff.; auch dieser Begriff bedarf der Nachprüfung unter dem Gesichtspunkt der condicio juris.

Bekker S. 57 nichts als den „mißlungenen Versuch" sehen, „den Gebilden der Gegenwart aus falsch verstandenen Flicken der römischen Rechtslehre ein passend Gewand zu schneidern".

Ich habe mich (§ 12) im wesentlichen mit dem Versuch des Nachweises begnügen zu sollen geglaubt, daß man nicht gezwungen ist, entweder den auch nach meiner Meinung vorläufig unentbehrlichen Rechtsschutzanspruch oder den wesentlichsten Inhalt des materiellen Anspruchs über Bord zu werfen, daß man vielmehr auch — mit Hölder[1]) — neben dem Rechtsschutzanspruch gegen den Staat und der allgemeinen Unterwerfung unter die Staatsgewalt eine zum Inhalt des privaten Anspruchs gehörige Zwangsgewalt des Gläubigers gegen den Schuldner, eine privatrechtliche Befugnis, sich diesem gegenüber des Rechtsschutzanspruchs zu bedienen, annehmen kann. Für die privatrechtliche Natur der letzteren glaube ich auch jetzt noch, mich auf das Selbsthilferecht berufen zu dürfen, das meines Wissens, wenn es zum Schutze von Privatrecht dient[2]), niemand als öffentliches betrachtet. Es ist auch nicht, wie Hellwig[3]) annimmt, stets nur ein Recht zur privaten Vorbereitung der staatlichen Sicherung durch Arrest oder einstweilige Verfügung. Denn es führt keineswegs immer zur bloßen Sicherung, sondern oft auch zur endgültigen, keiner gerichtlichen Bestätigung bedürfenden Befriedigung des Anspruchs; übrigens nicht nur in den Fällen der §§ 561, 1 und 859, 2, 3 BGB. (S. 78 f.), die zur Not als vereinzelte Ausnahmen beiseite bleiben könnten, sondern auch bei der großen Gruppe der Duldungsansprüche, § 229 BGB. (S. 107 A. 1). Hat

1) ZZP. 29, 50 ff., IheringsJ. 46, 265 ff. (Leipziger Dekanats-Programm 1903), dazu Degenkolb, Beiträge zum Zivilprozeß 78 ff.

2) Zu diesem Zusatz zwingt mich der berechtigte Einwurf Hölders, ZZP. 33, 377, daß auch Selbsthilfe zum Schutz öffentlichen Rechts vorkommen kann.

3) Neuerdings auch Klagrecht und Klagmöglichkeit 15.

aber das Selbsthilferecht hier privaten Charakter, so muß meines Erachtens für das Klag- und Vollstreckungsrecht unter den Parteien das Gleiche gelten; jenes ist die Ausnahme, dieses die Regel; gehört die Ausnahme dem Privatrecht an, so wird auch die Regel nicht öffentlichen Rechts sein.

Ist dies richtig, so beruht der Widerspruch zwischen jenen Rechtsschutztheorien und dem privatrechtlichen Anspruchsbegriff des BGB. nur darauf, daß die ersteren mit ihrem Vorstoß in einem Punkte zu weit gehen. Das Verhältnis der Partei zum Gericht ist natürlich dem öffentlichen Recht nicht streitig zu machen; wird umgekehrt auch das private Recht des Gläubigers, vom Schuldner Leistung zu „verlangen", nicht seines wichtigsten Inhaltes zu Gunsten des öffentlichen Rechts entkleidet, so ist der Einklang hergestellt[1]).

---

1) Weiter aus dieser Reserve hinauszugehen, besteht auch hier, wo nur materiellrechtliche Fragen zu behandeln sind, kein Anlaß, weshalb die neuen Abhandlungen von Kohler, ArchCivPrax. 97, 1 ff.; Pagenstecher das. 17 ff. nur zu erwähnen sind. Nur ein Bedenken mag nicht unterdrückt werden: Die Theorie des Rechtsschutzanspruchs greift über das Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit, auf dem sie vorwiegend erörtert wird, hinaus. Behördliche Rechtsschutzhandlungen kennt auch die freiwillige Gerichtsbarkeit, z. B. in der Vermittelung der Nachlaßauseinandersetzung durch das Nachlaßgericht, in der Sperrung eines Sparkassenbuchs des Mündels durch das Vormundschaftsgericht, sowie das Polizeirecht, z. B. in der Handlung des Schutzmanns, der mich bei Wiederaufsuchung der gestohlenen Sache, beim Schutz meines Hausrechts gegen den eingedrungenen Bettler, also bei Selbsthilfeakten, unterstützt (vergl. Bierling, Jurist. Prinzipienlehre 3, 360 f.). Ob in solchen Fällen die Behörde autoritativ über den Parteien steht und nicht vielmehr, wie der Notar bei Beglaubigung einer Vertragsurkunde, bloßer Parteigehilfe ist, scheint mir mindestens zweifelhaft. Ob die genauere Untersuchung dieser Fälle nicht einen Gegensatz zu dem Rechtsschutzanspruch der streitigen Gerichtsbarkeit ergeben, und ob die noch immer ziemlich unsichere Begrenzung der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht schließlich zu einer von der bisherigen abweichenden Beurteilung des letzteren führen wird, dürfte vorderhand kaum mit Gewißheit zu entscheiden sein. Sollte die Zwangsvollstreckung

2) Auch nach der Theorie von Schuld und Haftung, soweit sie unter Haftung den Klag- und Vollstreckungszwang versteht, erscheint der Gegensatz von klagbaren und klaglosen Schulden als unberechtigt, weil auch bei den ersteren die Klagbarkeit nicht Eigenschaft der Schuld wäre, sondern als begrifflich selbständiges Haftungsverhältnis neben ihr stehen soll; die Schuld, für sich allein betrachtet, wäre danach immer klaglos. Nach der germanistischen und nach Bekkers Auffassung bliebe sie auch ohne Haftung eine Rechtspflicht, weil beide annehmen, daß sie dann eben anders sanktioniert sei: im germanischen

als Mittel zur Durchsetzung eines regelmäßig unbestreitbaren Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehören, so wäre wohl auch aus dem Prozeß über Rechtsgestaltungs- (Bewirkungs-)klagen das gestaltende Moment auszuscheiden und als ein zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehöriger Erfolg anzusehen; ebenso wie die zum Ersatz einer Vollstreckung dienende Rechtskraftwirkung der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, § 894 ZPO. Der streitigen Gerichtsbarkeit verbliebe dann nur das auf Feststellung regelmäßig streitigen Rechts berechnete Verfahren, und ihr Ziel wäre nur die — auch in Leistungs- und Rechtsgestaltungsurteilen enthaltene — urteilsmäßige Feststellung. Auf einem dergestalt eingeschränktem Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit wäre dann der Rechtsschutzanspruch stets ein bloßer Feststellungsanspruch, und es ließe sich erwägen, ob er hier nicht durch Degenkolbs (a. a. O. 54 ff.) Recht auf Gehör der ehrlichen Rechtsbehauptung ersetzt werden könnte. Desto unentbehrlicher bliebe er aber dann auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit einschließlich der Zwangsvollstreckung und Rechtsgestaltung. Das von Hölder (JheringsJ. 46 S. 283 f., 286 f.; vergl. Degenkolb a. a. O. 79) festgestellte Ueberschießen des Zweckes der Leistungs- und Rechtsgestaltungsklagen über die urteilsmäßige Feststellung wäre dann darauf zurückzuführen, daß die das Ziel der streitigen Gerichtsbarkeit bildende Feststellung des Rechts als eines unbestreitbaren zugleich für den Fall, daß diesem nicht freiwillig genügt wird, die formelle Voraussetzung eines anschließenden, zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehörigen Rechtsdurchsetzungsverfahrens oder -erfolges bildet, insbesondere bei Leistungsurteilen die Voraussetzung der Geltendmachung des Rechtsschutzanspruches auf behördliche Durchsetzung des Rechts oder auf Unterstützung der Partei bei seiner Durchsetzung (vergl. Hölder a. a. O. 273).

Recht, anstatt durch vertragsmäßige Haftung, durch drohende Friedlosigkeit, nach Bekker durch irgend welche Zwangsmittel außer der actio, zu denen er, wiewohl unter großen Zweifeln [1], auch den Ausschluß der condictio indebiti zählt; wo es an jedem Zwange fehlt, ist auch nach seiner Meinung jede Aehnlichkeit mit der obligatio gleich actione teneri ausgeschlossen und deshalb nicht einmal eine Naturalobligation vorhanden [2]; seine Ansicht führt also gleichfalls dahin, daß eine Schuld, von jedem Rechtszwange abstrahiert, nicht mehr dem Rechtsgebiet angehört. — Isay dagegen weist jedes Zwangsrecht des Gläubigers aus dem Schuldbegriff hinaus und beläßt diesem nur den Ausschluß des condictio indebiti. Wenn aber dieser, wie sich oben ergab, keine rechtliche Sanktion der Pflicht ist, so kann er allein nicht ausreichen, um der Schuld den Rechtscharakter zu wahren; unabhängig von jedem Rechtszwange oder wenigstens von jeder Reaktion der Rechtsordnung auf ihre Nichterfüllung kann eine Schuld als Rechtspflicht gar nicht gedacht werden; darum können zwar die indirekten Pflichten, aber nicht die Ueberbleibsel der römisch-gemeinrechtlichen Naturalobligationen als Rechtspflichten gelten [3].

III. Ist die Schuld, wie auch das germanische Recht annimmt, nicht im Leistensollen des Schuldners erschöpft, sondern

1) Pandekten 1, 86.

2) Aktionen 1, 6.

3) v. Buchka a. a. O. 47 f. nimmt bei Naturalobligationen eine direkte Verpflichtung an; bei indirekten könne der Verpflichtete dem ihm angesonnenen Verhalten frei entsprechen oder nicht. — Das ist meines Erachtens nicht richtig. Wo es der Fall ist, wo dem Gesetzgeber die Nichterfüllung ebenso lieb ist wie die Erfüllung, liegt überhaupt keine, auch keine indirekte Pflicht vor. Wo es nicht der Fall ist, also eine bestimmte Leistung gefördert werden soll, sehe ich keinen Unterschied von Naturalobligationen im Sinne unvollkommener Rechtspflichten.

zugleich ein Bekommensollen des Gläubigers[1]), so scheint mir daraus zu folgen, daß alle dieses Bekommensollen fördernden Sanktionsmittel, mit anderen Worten alle zur Realisierung der Schuld, nicht zum Ersatz wegen ihrer Nichterfüllung dienende Reaktion des Rechts zur Schuld gehört und nicht unter den Haftungsbegriff gestellt werden darf. Die germanistische Lehre nimmt demgemäß auch einerseits an, daß die Realisierung der Haftung, mag sie vertragsmäßiges Einstehen oder als Deliktsfolge betrachtete Friedloslegung sein, niemals Realisierung der Schuld ist. Sie sieht andererseits, wenn ich recht verstehe, auch in der Schuld nicht ein Leistensollen, auf dessen Nichterfüllung die Rechtsordnung unter Umständen überhaupt nicht zu reagieren brauchte. Wenn danach die Haftung kein Sanktionsmittel der Schuld, sondern nur dem Ersatzzweck wegen Nichterfüllung bestimmt ist, gleichwohl aber die Schuld, um überhaupt Rechtspflicht zu sein, einer ihre Erfüllung fördernden rechtlichen Sanktion bedarf, so würde diese der Schuld unentbehrliche rechtliche Kräftigung, wenn ich nicht irre, darin zu finden sein, daß die Androhung der Haftung und ihrer Realisierung im Gesetz als Sanktionsmittel der Schuld in Gegensatz zu stellen ist zu der Haftung selbst, deren Realisierung nur Ersatz oder Genugtuung wegen Nichterfüllung der Schuld bezweckt.

Die römische Exekution führte zwar zur Erfüllung der Judikatsschuld, zur Erfüllung der ursprünglichen, nach der litis contestatio in einer Naturalobligation fortbestehenden Schuld aber mindestens dann nicht, wenn diese nicht ebenso wie die Judikatsschuld auf certa pecunia gerichtet war; sie war dann,

1) v. Amira, Nordgerman. Obl.-R. 1, 36; P. Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis 210 ff., Grundschuldbegriff 14; Brunner, Kohlers Encyklopädie 1, 248; Gierke daselbst 522.

ebenso wie die freiwillige Erfüllung der Judikatsschuld, im Hinblick auf die ursprüngliche Schuld nicht Erfüllung, sondern Ersatz wegen Nichterfüllung, praestare. Es scheint mir aber mit der römischen Lehre von der Prozeßnovation im Einklange, die Exekution im Hinblick auf die ursprüngliche Schuld selbst dann als praestare zu betrachten, wenn diese auf certa pecunia gerichtet war, also inhaltlich mit der Judikatschuld genau übereinstimmte. Denn sie war gleichwohl, sei es nur oder doch in erster Linie, Erfüllung der an die Stelle der ursprünglichen getretenen Ersatzschuld aus Judikat. Daß nur diese und nicht mehr die ursprüngliche zur Erfüllung bestimmt war, folgt daraus, daß bei inhaltlicher Verschiedenheit beider die Erfüllung der letzteren für den Schuldner nur noch facultas alternativa ist und dem Gläubiger nach Scävola, fr. 15 de doli exc. 44, 4 nur durch exceptio doli gegenüber der actio judicati aufgedrängt werden kann (S. 10, 3 f., 169). — Daß die Erfüllung der Judikatsschuld Ersatz wegen Nichterfüllung der ursprünglichen Schuld ist, kann aber hiernach nur für das rein römische Recht angenommen werden, nicht mehr für das gemeine Recht, dem die Notwendigkeit der Geldkondemnation, wie die prozessuale Novation fremd sind. Wäre daher jener Ersatzcharakter der Grund, aus dem für das römische Recht die begriffliche Selbständigkeit des actione teneri gegenüber der Schuld folgte[1]), so wäre im gemeinen Recht mit

1) Bekker selbst sieht freilich, wie bemerkt, das actione teneri auch da als eine seinem „Anspruch“ gegenüber selbständige Haftung an, wo die Vollstreckung nach seiner Meinung zur Realisierung des „Anspruchs“, der Schuld führt (bei certa pecunia). Der für ihn maßgebende Grund der Selbständigkeit ist danach nicht der obige, die nur regelmäßige, nicht notwendige Verschiedenheit im Erfolge zwischen Schulderfüllung und Vollstreckung, — sondern wohl die von ihm S. 54 f. (ZRG. 9, 383 f., Aktionen 2, XV, besonders S. 17 f.) verteidigte Möglichkeit der Entstehung eines Aktions- oder Haftungsverhältnisses ohne gleichzeitige Ent-

diesem Grunde auch die daraus folgende Selbständigkeit der Klag- und Vollstreckungsmacht weggefallen.

Auch um das Wesen einer Haftung im heutigen Recht zu erkennen, muß als nicht zu ihr gehörig alles ausgeschieden werden, was zur Förderung der Schulderfüllung bestimmt ist und keinen Ersatzzweck hat. Dies stimmt zu dem, was Isay S. 189, 198 ff. als Wesen der Haftung bezeichnet, aber nicht immer festhält; denn er stellt, wie gesagt, unter den Haftungsbegriff auch das Zurückhaltungsrecht und das Recht zur Feststellungsklage, obwohl sie, das erstere wenigstens in den meisten Fällen, gar nicht geeignet sind, Ersatz wegen Nichterfüllung herbeizuführen, sondern nur die Wirkung eines psychischen Zwanges zur Schulderfüllung haben können. Für das moderne Recht folgt hieraus, daß auch Klag- und Vollstreckungsmacht des Gläubigers nicht mehr zur Haftung, sondern zur Schuld gehören, wenn sie heute zur Realisierung der Schuld, nicht mehr zum Ersatz

---

stehung eines „Anspruchs", z. B. vermöge prätorischer Stipulationen. Dem Sprachgebrauch der römischen Quellen entspricht dies allerdings meist, obwohl nicht immer (Aktionen 2, 17). Ich glaube, daß diese Erscheinung nicht aus dem Gegensatz von Schuld und Haftung zu erklären ist, sondern aus dem des unbedingten und des durch condicio juris aufschiebend bedingten Schuld- und Haftungsverhältnisses, daß Bekkers „abstrakte", schon vor der Entstehung einer (unbedingten) Schuld vorhandene actio nur eine kraft Rechtens aufschiebend bedingte actio ist. Wenn Bekker, ZRG. 9, 388 ausführt, daß schon die Existenz der abstrakten actio unter den Parteien ein Spannungsverhältnis erzeuge, kraft dessen Handlungen und Unterlassungen die ihnen sonst fremde Bedeutung erhalten (mittelst jener abstrakten actio klagbare) Forderungen zu erzeugen, und kraft dessen bereits Verpflichtungen zu gewissen Handlungen und Unterlassungen bestehen, so läßt sich der Zustand während des Schwebens der Suspensivbedingung vielleicht mit denselben Worten beschreiben. — Auf die condicio juris einzugehen, ist aber hier nicht der Ort. Vergl. unten IV, 1.

wegen ihrer Nichterfüllung dienen. Dies ist in der Tat der Fall [1]).

1) Das moderne Vollstreckungsrecht ist gelenkig genug, um jeden Schuldinhalt durch Zwang zu realisieren, und die erfolgreiche Zwangsvollstreckung verschafft heute dem Gläubiger genau dasselbe, wie die freiwillige Erfüllung der Schuld (§ 18). Dagegen kann natürlich nicht angeführt werden, daß eine fruchtlose Vollstreckung nicht den Erfolg der freiwilligen Leistung hat. Denn es ist schief, sie überhaupt mit dieser zu vergleichen: es kann nur die erfolgreiche Vollstreckung mit der Leistung, die erfolglose mit dem bloßen Versuch der Leistung verglichen werden; ein solcher aber scheitert ebenso, wie die Zwangsvollstreckung, an der Zahlungsunfähigkeit, der Ungeschicklichkeit (bei Arbeitsverpflichtungen), der Willensschwäche des Schuldners (bei Unterlassungspflichten).

a) Daß nun die erfolgreiche Vollstreckung Zwangserfüllung der Schuld ist, steht zunächst in den schon erwähnten Fällen fest, wo sie sich nur des psychischen Zwanges durch Strafandrohung bedient, §§ 888—890 ZPO. [2]). Diese verschafft dem Gläubiger keinen Ersatz wegen Nichterfüllung. Solchen erhält er, zumal ja die Geldstrafen nicht in seine Kasse fließen, nur auf Grund einer Verurteilung zur Schadenersatzleistung, die nach § 893 ZPO. eine neue Klage erfordert und voraussetzt, daß die ursprüngliche Schuld, zumeist gemäß § 283 BGB., zu einer Schadenersatzpflicht geworden ist; diese neue Verurteilung aber wird nicht durch Strafandrohung, sondern durch Pfändung vollstreckt. — Sie soll ihm auch nicht Genugtuung

---

1) Vergl. noch Binding, Normen 1 [2], 494 ff.; A. S. Schultze, Zivilrecht und Prozeß 72 f.; Egger a. a. O. 5 ff.

2) Zugegeben von Bierling, Jurist. Prinzipienlehre 3, 376 Anm. 10.

wegen Nichterfüllung verschaffen[1]; denn der Gesichtspunkt einer solchen findet sich heute nur noch in vereinzelten Delikts- und Quasideliktsfällen (§§ 847, 1300 BGB.), und die Strafen der §§ 888 ff. ZPO. sind nicht Vergeltungs-, sondern Zwangsstrafen. — Sie verschafft ihm vielmehr Schulderfüllung im buchstäblichsten Sinne des Worts, nämlich die gewollte Erfüllungshandlung des Schuldners selbst. Daß diese nicht freiwillig gewollt ist, steht nicht entgegen; denn es bestreitet wohl niemand, daß die Leistung des Schuldners auch dann Erfüllung ist, wenn sie außerhalb des Vollstreckungsverfahrens ausschließlich durch Furcht vor den Nachteilen der Nichterfüllung, z. B. dem Verfall der Vertragsstrafe veranlaßt, also nach psychologischer Betrachtung gleichfalls erzwungen ist.

b) Wenn nun das Ziel der Vollstreckung in einer Gruppe von Fällen unzweifelhaft kein anderes als Schulderfüllung ist, so mag sich schon hieraus mit einiger Wahrscheinlichkeit für die übrigen, an sich vielleicht zweifelhaften Fälle das Gleiche ergeben; denn es ist anzunehmen, daß der Zweck der Vollstreckung vermutlich stets entweder Erfüllung oder Ersatz wegen Nichterfüllung, nicht aber je nach dem Gegenstand der Verurteilung bald das eine, bald das andere sein wird. Dies Ergebnis eines bloßen Wahrscheinlichkeitsschlusses wird durch Betrachtung der Fälle bestätigt, die zwischen den beiden Polen, der gewollten Leistung

1) Mittel des Zwanges ist nicht die Vollziehung, sondern die Androhung der Strafe. Die Verurteilung zur Unterlassung ist zwar stets auf künftige Leistung gerichtet, ihre Vollstreckung durch Strafandrohung aber auf gegenwärtige: sie bewegt den Schuldner durch psychischen Zwang in jedem Augenblick, wo die Unterlassungspflicht fällig wird, zu ihrer Erfüllung (S. 88). Daß die Bestrafung der Zuwiderhandlung nicht das Gebot der Unterlassung vollstreckt, dessen Uebertretung sie als nicht rückgängig zu machende voraussetzt (Hölder, ZZP. 33, 380), steht nicht entgegen.

des Schuldners selbst und der Beitreibung ohne seinen Willen und ohne sein Zutun, in der Mitte liegen.

Ist der Schuldner zur Leistung von Geld oder zur Uebereignung von Fahrnis verurteilt, und gibt er selbst dem Gerichtsvollzieher den Schuldgegenstand heraus, so kann freiwillige Erfüllung vorliegen [1]). Nämlich dann, wenn er zugleich dem zur Entgegennahme dieser Erklärung gemäß § 754 ZPO. ermächtigten Gerichtsvollzieher erklärt, daß er der Uebereignung zustimmt; die letztere geschieht dann durch dinglichen Vertrag nach § 929 BGB. Anders, wenn er zwar den Besitz herausgibt, die Uebereignungserklärung aber verweigert; dann erwirbt der Gläubiger das Eigentum nicht durch dinglichen Vertrag, sondern durch Vollstreckung, — an Geld gemäß § 815, 3 ZPO. sofort mit der Inbesitznahme durch den Gerichtsvollzieher [2]), an anderen beweglichen Sachen gemäß § 894 ZPO. erst mit der Rechtskraft des Erkenntnisses, in dem die (in der Praxis meist nicht ausgesprochene) Verurteilung zur Erklärung des Einverständnisses mit der Uebereignung enthalten ist.

Aehnlich steht es, wenn der Schuldner nur zur Herausgabe des Besitzes an einer Sache verurteilt ist. Gibt er diese dem Gerichtsvollzieher heraus, öffnet er ihm ein Behältnis, damit er sie an sich nehmen solle, oder gestattet er ihm auch nur schweigend die Ansichnahme, so ist dies freiwillige Erfüllung, wenn er damit seine Verpflichtung zur Herausgabe anerkennen oder auch nur seine Sache verloren geben will; dagegen nicht, wenn er dadurch nur Gewaltanwendung verhüten will, und ebensowenig, wenn er die vom Gerichtsvollzieher nicht vorgefundene Sache selbst herausgibt, nur um nicht zur Leistung des Offenbarungseides gemäß § 883 ZPO. ge-

1) Vergl. Bierling a. a. O. 376.

2) Jaeger, Komm. zur KO.[3] 276 f., wo Dissentienten.

zwungen zu werden. Ob der Gläubiger die Sache durch freiwillige Erfüllung oder durch Vollstreckung erhält, hängt deshalb von dem rein innerlichen und fast nie zu erkennenden Motive ab, das den Schuldner zur Herausgabe der Sache oder zur gutwilligen Gestattung ihrer Wegnahme bewegt; meist wird er sich darüber gar nicht äußern, und dann ist überhaupt nicht festzustellen, ob die Sache freiwillig geleistet oder durch Vollstreckung beigetrieben ist.

Sieht man in der erfolgreichen Vollstreckung eine Erfüllung, so befremdet das nicht. Zwischen der „freudig gewollten" Erfüllung und der gewalsamen Wegnahme von dem widersetzlichen Schuldner liegen so viele Etappen, daß es Grenzfälle geben, und daß daher die Frage, ob freiwillige oder Zwangserfüllung vorliegt, oft zweifelhaft bleiben muß. Selbst die Leistung nach Ausspruch der Strafandrohungen gemäß § 888 ZPO. ist nicht notwendig eine gezwungene, weil die psychologische Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß sie nicht durch die Strafandrohung verursacht war. Von der Auffassung der Vollstreckung als Zwangserfüllung aus ist also die tatsächliche Zweifelhaftigkeit vieler Fälle nicht nur erklärlich, sondern sogar notwendig. Nach der entgegengesetzten Ansicht würde man aber in solchen Fällen nicht wissen können, ob Erfüllung oder Ersatz wegen Nichterfüllung vorliegt, und das wäre ganz unerträglich; denn beide stehen zu einander in einem ausschließenden Gegensatz, und deshalb sind Grenzfälle zwischen ihnen nicht zu denken.

c) In den am anderen Pol liegenden Fällen der Zwangsbeitreibung ohne alles Zutun des Schuldners könnte man eine Erfüllung um deswillen verneinen wollen, weil es an einer Handlung des Schuldners fehlt. Wäre die Schuld nichts als Leistensollen des letzteren, so wäre dies natürlich unbestreitbar. Daß sie aber mehr ist, geht eben daraus

hervor, daß es einer Handlung des Schuldners zur Erfüllung der Schuld nicht immer bedarf. Denn nach § 267, 1 BGB. kann im Zweifel auch jeder Dritte „die Leistung", d. h. nach § 241 die geschuldete Leistung bewirken, und im Einklang damit wird in § 362 die Erfüllung als Bewirken der geschuldeten Leistung an den Gläubiger definiert, die Person des Schuldners aber geflissentlich nicht erwähnt. Wenn aber die Leistung des Dritten Erfüllung der Schuld, obwohl nicht Leistung des Schuldners ist, so muß die Beitreibung durch den Gerichtsvollzieher um so mehr Erfüllung sein[1]), da sie anders als jene dem Gläubiger regelmäßig die Leistung aus dem Vermögen des Schuldners verschafft. Es ist auch belanglos, daß hier in den meisten Fällen, nämlich bei Geldforderungen, die Vollstreckungstätigkeit des Gerichtsvollziehers oder des Gerichts mit einer Pfändung oder Beschlagnahme beginnt, die dem Gläubiger nicht geschuldet ist; denn diese bildet nicht das Ziel der Vollstreckung, sie ist nicht, wie die Pfandrechtsbestellung, bezweckte Sicherung[2]) und deshalb — entgegen der Praxis des Reichsgerichts und der herrschenden Meinung — nicht gemäß § 30 Z. 2 KO. anfechtbar (S. 156 ff.)[3]); sie ist nur Mittel

1) Anderer Meinung Bierling a. a. O. 374 f.

2) Gegen Jaeger, Kommentar² 277.

3) Nur die Sicherungsvollstreckung aus Arrest oder einstweiliger Verfügung und durch Eintragung einer Sicherungshypothek im Fall des § 866, 1 ZPO. hat den Zweck der Sicherung, nicht der Befriedigung, und ist daher in der Tat anfechtbar. Die par condicio creditorum, auf die sich die herrschende Meinung besonders stützt (vergl. Jaeger, Kommentar² 276), spricht nicht für sie; denn sie ist in § 30 Z. 2 KO. ohnehin nicht durchgeführt. Wäre dies geschehen, so hätte auch die freiwillige kongruente Befriedigung für anfechtbar erklärt werden müssen. Da es nicht geschehen ist, so besteht kein Grund, die Sachpfändung, die gleichfalls Befriedigungs- und nicht Sicherungszweck hat, für anfechtbar zu halten. Erst die herrschende Meinung schafft die in der Praxis bestehende Halbheit, nach der die Anfechtbarkeit oft vom bloßen Zufall abhängt; wenn nach vorausgegangenen

zum Zweck, zur Herbeiführung der geschuldeten Geldleistung. Daß sie den Umweg über die Pfändung nimmt, steht ihrem Erfüllungscharakter nicht entgegen; denn es liegt auch freiwillige Erfüllung, nicht Leistung an Erfüllungsstatt vor, wenn der Gläubiger im Einverständnis mit dem Schuldner oder einem Dritten dessen Sache veräußert und sich aus dem Erlöse befriedigt.

d) Aber nicht nur die Entwickelung des Vollstreckungsrechts, sondern auch die Veränderung des Obligationsbegriffs hat dazu beigetragen, daß die Zwangsvollstreckung aus Beitreibung von Ersatz wegen Nichterfüllung zur Zwangserfüllung geworden ist.

Nach älterer Auffassung hebt jede, auch die kleinste Aenderung des Inhaltes die Obligation auf[1]. Nach heutiger bleibt sie regelmäßig identisch, wenn die Subjekte, die Zeit oder der Ort der Erfüllung geändert werden; nur ausnahmsweise sind ihr die Subjekte (bei höchst persönlichen Obligationen), die Zeit (bei Fixgeschäften) oder der Ort wesentlich. Dementsprechend sind heute Erfüllung, nicht Leistung an Erfüllungsstatt, die Leistung des Dritten, § 267, die Leistung an einen Dritten, § 362, 2 BGB., aber auch die Leistung an anderem Ort und zu anderer, auch späterer Zeit. Die Leistung an einen Dritten

Sachpfändungen ein zudringlicher Gläubiger noch Geld aus dem Schuldner herauspreßt, oder wenn ein Pfändungsgläubiger das Glück hat, daß sein Gerichtsvollzieher zufällig wieder Geld vorfindet, so sind die spätere freiwillige Zahlung und Geldpfändung unanfechtbar, die früheren Sachpfändungen nach der herrschenden Meinung anfechtbar, und zwar selbst dann, wenn sie schon vor jenen unanfechtbaren Handlungen bis zur Versteigerung und Ablieferung des Erlöses an den Gläubiger gediehen waren. Der letzteren Konsequenz entgeht die Mittelmeinung von Cosack, Anfechtungsrecht 209 f., nach der die Auszahlung des Erlöses an den Gläubiger nicht nach § 30, 2 anfechtbar sein soll.

1) Für römisches Recht Pernice, ZRG(R). 9, 212; Bechmann, Kauf 2, 480; Dernburg, Pand. 2⁷, 133.

und an anderem Ort freilich nur kraft Einverständnisses des Gläubigers, die Leistung des Dritten und die verspätete Leistung aber auch ohne das, da der Gläubiger ihre Annahme nicht verweigern kann, ohne in Annahmeverzug zu kommen. Wenn man darum auch mit Egger[1]) meint, daß die „Erfüllung, so wie sie tatsächlich geschuldet war", nicht mehr möglich ist, nachdem einmal der Vollstreckungsapparat in Bewegung gesetzt werden mußte, so kann man daraus doch nicht mit ihm folgern, daß nur noch eine Ersatzleistung in Betracht komme; denn die Zeit ist ebenso, wie der Ort und die Subjekte, nicht mehr ein für die Identität der Schuld und ihre Kongruenz mit der Erfüllung wesentliches Moment; selbst nach erfolgloser Vollstreckung kann durch den Schuldner, der wieder zu Vermögen gelangt, noch freiwillig erfüllt werden, und nur bei Fixgeschäften ist die verspätete Leistung keine Erfüllung.

Unzutreffend ist es auch, daß nach Ablauf des Fälligkeitstermins die Erfüllung „nicht mehr vollständig"[2]) möglich oder gar, daß sie „teilweise unmöglich"[3]) sei. Das ist logisch anfechtbar, weil unvollständige Unmöglichkeit zwar nicht notwendig Teilbarkeit, aber doch Zerlegbarkeit der Leistung in Bestandteile voraussetzt. Der unmöglich gewordene Bestandteil muß, subtrahiert von der vollständigen Leistung, einen möglich gebliebenen Rest von anderen Bestandteilen übrig lassen, der, zum Subtrahenden addiert, wieder den Minuenden ergibt. Das

1) a. a. O. 15.

2) So Titze, Unmöglichkeit 33 ff.

3) So Fr. Mommsen, Unmöglichkeit 212; Titze, a. a. O. 71, KrVJSchr. 45, 351 ff.; Lehmann, ArchCivPrax. 96, 70 f. u. a. Dagegen unter anderen Kisch, Unmöglichkeit 22, KrVJSchr. 44, S. 514, 535; Rehbein 2, 115; Staudinger-Kuhlenbeck 2², 107. Plancks² § 286, 1 Fassung „Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit" ist logisch nicht zu beanstanden, führt aber leicht zu Verwechslungen mit zeitweiliger Unmöglichkeit; unten § 8 I.

kommt nicht nur bei teilbaren Leistungen vor, z. B. 50 Liter plus 50 Liter gleich 100 Liter, sondern auch bei unteilbaren, z. B. Brandstelle plus Haus gleich Hausgrundstück. Das Zeitmoment hat aber mit der Vollständigkeit nur bei Dauerleistungen etwas zu schaffen: z. B. ist Unterlassung vom 1. bis 15. plus Unterlassung vom 16. bis 30. April gleich Unterlassung vom 1. bis 30. April; nicht bei vorübergehenden Leistungen: die verspätete Leistung der Kaufsache am 3. April ist nicht Bestandteil der geschuldeten Leistung am 1. April. — Das BGB. gebraucht zwar den Ausdruck „teilweise" auch im Sinne von unvollständig, der sich auf unteilbare Leistungen mit bezieht[1]). Zu bestreiten ist aber, daß die Teilunmöglichkeit des § 280 BGB. stets auch die zeitweilige Unmöglichkeit umfaßt. Dies ist der Fall, wenn die Leistung für die Zeit der Unmöglichkeit ein Teil oder wenigstens Bestandteil der für die ganze Zeit geschuldeten Leistung ist. So, wenn die Gewährung des Mietgebrauchs infolge eines Umbaues, die Dienstleistung wegen Krankheit fünf Monate lang unmöglich, einen Monat möglich ist; denn die Leistung während eines Monats ist Teil der Leistung für die ganze Zeit. Ferner wenn von der Aufführung der Nibelungentrilogie während eines Musikfestes die des Rheingolds und des Siegfried durch Erkrankung des Mimedarstellers unmöglich werden; denn die möglich bleibende Aufführung der Walküre und der Götterdämmerung ist Bestandteil der ganzen Aufführung; die möglich bleibende Aufführung an zwei Abenden Bestandteil der geschuldeten an vier Abenden. Wenn daher in diesen Fällen die Leistung während eines Teils der Zeit für den Gläubiger kein Interesse hat, so kann § 280, 2 BGB. Anwendung finden. Dagegen fällt die

1) Kipp-Windscheid 2⁸, 17; Kaplan, Die ursprüngliche teilweise Unmöglichkeit, Rost. Diss. 1903, 90 f.

Unmöglichkeit einer für den 10. Mai geschuldeten vorübergehenden Leistung, z. B. der Kaufsache, während der Zeit vom 10. bis zum 30. Mai nicht unter § 280, 2, sondern unter § 286, 2 BGB., wenn die zu spät möglich gewordene vollständige Leistung für den Gläubiger kein Interesse hat. Auch das BGB. scheidet also durchaus die partielle von der zeitweiligen Unmöglichkeit. — Nicht nur auf partielle und unvollständige, sondern auch auf zeitweilige Unmöglichkeit bezieht sich freilich das „soweit" in §§ 275, 1 und 280, 1; es umfaßt neben dem „bis zum Betrage" bei unvollständiger auch ein „so lange" bei zeitweiliger, sei es vollständiger oder unvollständiger Unmöglichkeit; aber „bis zum Betrage" und „so lange" sind beide gleichbewertete Unterarten des „soweit", es ist nicht das „so lange" bei zeitweiliger eine Unterart des „bis zum Betrage" bei unvollständiger Unmöglichkeit[1]). Zeitweilige Unmöglichkeit wird darum als vollständige nur durch §§ 275, 280, 1 und außerdem durch § 286, 2 betroffen, dagegen nicht durch § 280, 2, sie müßte denn dem Gegenstande nach unvollständig sein. Hat sie nicht zur Folge, daß das Interesse des Gläubigers an der Leistung überhaupt weggefallen ist, so besteht nach ihrer Behebung der vollständige Schuldinhalt fort, nur verändert hinsichtlich des unwesentlichen Zeitmomentes; und wenn sie vom Schuldner zu vertreten ist, so besteht nach ihrer Behebung neben dem Anspruch auf Nachholung der vollständigen Leistung noch ein Ersatzanspruch wegen der Verzögerung. Mit Recht hat Staub[2]) gegen die Annahme, daß sie Teilunmöglichkeit sei, eingewandt, daß danach die Verzugsvorschriften

1) Auch der römische Terminus pluspetitio tempore, loco, causa (Gaius 4, 53) ist anfechtbar; es handelt sich dabei logisch nicht um Unterarten, sondern um bloße Analogien zu der allein wahren pluspetitio, d. i. der pluspetitio re.

2) Die positiven Vertragsverletzungen 12 f.

des BGB. schon in § 280, 2 enthalten und deshalb gegenstandslos wären. — Freilich ist damit nicht gesagt, daß die zeitweilige Unmöglichkeit ausschließlich nach den Verzugsgrundsätzen zu beurteilen wäre. Denn allerdings ist jeder Schuldner, der verantwortlicherweise zeitweilig unfähig zur Leistung ist, unter den Voraussetzungen der Mahnung rc. im Verzug; aber es ist nicht umgekehrt auch jeder im Verzug befindliche Schuldner vorübergehend unfähig zur Leistung. Es ist vielmehr durchaus möglich, daß ein in zeitweiliger Unmöglichkeit und im Verzug befindlicher Schuldner sowohl nach den Grundsätzen der vollständigen, aber nur zeitweiligen Unmöglichkeit, die keine partielle ist, wie nach denen des Verzuges beurteilt werde.

e) Gehört sonach zum Wesen der Erfüllung weder Freiwilligkeit noch in der Regel persönliche Vornahme durch den Schuldner, Rechtzeitigkeit oder Bewirkung am rechten Ort, so bleibt als letztes, was sie im Erfolge von der Beitreibung durch Vollstreckung scheiden könnte, ein meines Wissens zuerst von Ziebarth hervorgehobenes Moment: der Gläubiger erhält durch Vollstreckung nur wirtschaftlich das Gleiche, wie durch freiwillige Erfüllung, aber der Treubruch bleibt. Gewiß; aber er bleibt auch dann, wenn der Schuldner nur unter psychischem Zwange, nur aus Furcht vor Klage, Vollstreckung und Ersatzpflicht geleistet hat, oder wenn ein Dritter für ihn, aber ohne oder gegen seinen Willen geleistet hat, also in zweifellosen Fällen der Erfüllung (S. 6f.). Dieser Unterschied besteht sonach nicht nur zwischen der von jedem psychischen Zwange freien Erfüllungshandlung des Schuldners und der Vollstreckung, sondern auch zwischen den einzelnen Fällen der im Sinne des Vollstreckungsrechts freiwilligen Erfüllung. Er ist ferner nicht, wie Egger[1]) will, ein Unterschied nach idealistischer im Gegensatz zu realistischer Rechtsauffassung, sondern

1) a. a. O. S. 5, 11.

ein solcher nur nach moralischen, nicht nach Rechtsgrundsätzen. Der Moral ist nur ein aus freien Stücken, ohne allen Zwang gewollter, dem Recht ist auch der knirschende Gehorsam des gefesselten Verbrechers wahrer Gehorsam [1]).

f) Nach alledem ist heute jeder praktische Unterschied im Erfolge der Vollstreckung und der freiwilligen Erfüllung beseitigt und ein Gegensatz zwischen beiden sachlich nicht mehr berechtigt. Darum ist die Frage, wie sich die Gesetzesworte zu der Anschauung der Vollstreckung als Zwangserfüllung verhalten, von untergeordneter Bedeutung; sie würden, auch wenn sie den Gegensatz noch aussprächen, nur auf eine den Redaktoren vorschwebende abweichende, doch ganz unverbindliche Konstruktion hinweisen. Ich wüßte indessen keine Stelle der Reichsgesetze anzuführen, in denen noch ein solcher Gegensatz ausgesprochen wäre. Insbesondere geschieht das nicht, wenn die ZPO. in §§ 815, 819 sagt: Die Wegnahme von Geld und die Empfangnahme des Versteigerungserlöses durch den Gerichtsvollzieher „gilt als Zahlung von seiten des Schuldners", denn sie „ist" eine solche in der Tat nicht. Einmal ist ja Zahlung des Schuldners nicht synonym mit der Erfüllung, die nach §§ 267, 1, 362, 1 BGB. auch Leistung eines Dritten sein kann; und weiter läßt sich auch von dem hier vertretenen Standpunkt aus darüber streiten, ob schon die Empfangnahme durch den Gerichtsvollzieher oder erst die durch den Gläubiger Erfüllung „ist" (S. 159).

2) Die Vollstreckung ist aber doch nur subsidiäre Erfüllungsart. Sie ist erst zulässig, wenn die Zeit, zu der eine freiwillige Leistung des Schuldners vollendet sein müßte, fruchtlos verstrichen ist [2]).

1) Vergl. Regelsberger, Pand. 61; Stammler, Wirtschaft und Recht 129.

2) Hölder, JJB. 38, 378; vergl. Bierling a. a. O. 378.

Das tritt zwar äußerlich meist nicht hervor. Denn da die Vollstreckung regelmäßig eine Verurteilung oder ein Urteilssurrogat voraussetzt, so wird der Schuldner meist zu der Zeit, wo die formellen Vollstreckungsvoraussetzungen eintreten, längst mit der freiwilligen Leistung in Verzug geraten, und es wird infolge des mit der Urteilsausfertigung verbundenen Aufschubs auch die für eine Leistung nach dem Urteil notwendige Zeit verstrichen sein. Das gilt aber nicht ausnahmslos. Der Schuldner kann auch verurteilt werden und doch für die Nichterfüllung bis zur Ausfertigung des Vollstreckungstitels noch nicht verantwortlich sein.

Wird z. B. ein Baumeister am Tage nach Abschluß des auf Ausführung eines Baues gerichteten Vertrages auf Erfüllung verklagt, so ist er heute, da die Klage auf Erfüllung und nicht auf das Interesse geht, anders als nach römischem Recht[1]) zu verurteilen; er bleibt nur, wenn er seine Verpflichtung vorher nicht bestritten hat und den Klaganspruch sofort anerkennt, von den Prozeßkosten befreit, weil er zur Klage keine Veranlassung gegeben hat (§ 93 ZPO.). Der Gläubiger kann aber nicht sofort zur Vollstreckung schreiten, indem er vom Gericht gemäß § 887 ZPO. die Ermächtigung erwirkt, den Bau auf Kosten des Schuldners durch einen Dritten ausführen zu lassen. Vielmehr hat das Gericht die Ermächtigung abzulehnen, wenn es der Meinung ist, daß die Verpflichtung inzwischen noch nicht erfüllt werden konnte[2]), und der Schuldner kann auch gegenüber der schon erteilten Ermächtigung durch Einwendung gemäß § 766 ZPO. geltend machen, daß die Maßregel verfrüht sei, weil der halbfertige Neubau durch Erdsenkung zerstört worden und daher die vom Gericht angenommene

1) fr. 14, fr. 73 pr., fr. 98, 1 de V. O. 45, 1.

2) RG. 21, 377 ff.; 23, 365 ff.; Seuffert 54 Nr. 200; Gaupp-Stein § 887 II 3.

Herstellungszeit zu kurz bemessen sei. Andererseits kann auch der Gläubiger durch den Nachweis, daß der Schuldner zur Zeit, wo der Bau halb fertig sein müßte, noch gar nicht damit begonnen hat, vor dieser Zeit Vollstreckung erwirken[1]).

Gleiches kann bei der Vollstreckung zur Erzwingung höchst persönlicher Leistungen gemäß § 888 ZPO. eintreten. Z. B. könnte, die hier streitige (S. 162 f.) Anwendbarkeit des § 888 vorausgesetzt, ein zur Anfertigung von Präparaten verurteilter Chemiker gegenüber der gerichtlichen Strafandrohung geltend machen, daß er die Herstellung bereits mit der nötigen Sorgfalt versucht habe, aber an der Vollendung durch eine dabei eingetretene Explosion verhindert worden sei.

Ebenso kann es bei einer Vollstreckung zur Beitreibung von Sachen stehen. Wenn der Schuldner eine von auswärts anzuschaffende Gattungssache zu leisten hat und im Prozeß den Anspruch anerkennt, jedoch nachweist, daß jene rechtzeitig bestellt, aber auf dem Transport verloren gegangen ist, und daß die rechtzeitig nachbestellte Sache noch nicht hat eintreffen können, so ist er kostenfrei zu verurteilen; wenn nun unmittelbar nach dem Eintreffen der Sache der Gerichtsvollzieher bei ihm erscheint und sie ihm wegnimmt, so ist die Vollstreckung verfrüht und unzulässig; der Schuldner kann deshalb gemäß § 766 ZPO. die Aufhebung der Maßregel verlangen, zwar

1) Die in der vorletzten Anmerkung genannten, wie die meisten anderen römischen Stellen scheinen eine Klage auch hier erst gestatten zu wollen, wenn die für die ganze Arbeit nötige Zeit vorüber ist. Sie wollen aber nur besagen, daß die Klage auf das volle Interesse nicht eher zulässig ist; daß wegen des bisher fertigzustellenden Teils das Interesse gefordert werden kann, zeigt fr. 137, 3 de V. O. 45, 1 (Venulejus): si non inchoetur opus, id tantum aestimetur, quod in illo intervallo effici potuit. Da heute nicht das Interesse, sondern Erfüllung beigetrieben werden soll, kann hier bereits Vollstreckung wegen der ganzen Leistung erwirkt werden.

nicht mit dem Erfolge, daß ihm zweckloserweise die Sache zunächst zurückzugeben wäre, aber doch mit dem, daß ihm die gleichzeitig eingezogenen Vollstreckungskosten zu erstatten sind.

Das Gleiche ist endlich auch bei der Vollstreckung wegen Geldschulden nicht undenkbar. Ist der unbeschränkt haftende Erbe zur Zahlung einer hohen Nachlaßschuld verurteilt, die ihm erst im Prozeß nachgewiesen worden ist, so kann nicht sofort sein gesamtes Mobiliar gepfändet werden, sondern es ist ihm die zur Flüssigmachung von Zahlungsmitteln erforderliche Zeit zu lassen; nec enim cum sacco adire debet[1]). Tatsächlich wird diese freilich ohnehin gewahrt sein, weil der Gläubiger meist die vollstreckbare Ausfertigung eher zu spät als zu früh erhält.

Die Vollstreckung darf sonach erst beginnen, wenn die zur freiwilligen Leistung oder wenigstens zu ihrem Beginn nach Treu und Glauben erforderliche Zeit fruchtlos verstrichen ist, und auch jetzt noch kann sie der Schuldner durch den Nachweis, daß er die bisherige Nichtleistung nicht zu vertreten habe, durch Einwendung gemäß § 766 ZPO. verhindern.

Alles Vorstehende gilt indessen nur für Fälle, wo die rechtzeitige Erfüllung nicht erfolgt, aber auch nicht dauernd oder vorübergehend, objektiv oder subjektiv unmöglich ist. Durch eine geringe Tatbestandsänderung werden die Fälle zu solchen der Unmöglichkeit, und dann ist auch die rechtliche Behandlung eine andere:

Ist durch die Erdsenkung (in einer Bergwerksgegend) nicht nur der erste halbfertige Bau eingestürzt, sondern der Bau überhaupt unausführbar geworden, oder hat sich — man denke an den Campanile von S. Marco — erst später gezeigt, daß er von vornherein unausführbar war, so ist die Leistung dort

1) fr. 105 de sol. 46, 3; cf. fr. 71, 2 de leg. I.

unmöglich geworden, hier von vornherein unmöglich gewesen. Ist nicht nur das erste Experiment des Chemikers mißlungen, sondern hat sich dabei gezeigt, daß die Fertigstellung eine bis zur Explosion führende Erhitzung verlangen würde und deshalb unausführbar ist, so liegt ursprüngliche Unmöglichkeit, — hat sich nur gezeigt, daß sie im Laboratorium des Schuldners mit den dort zu Gebote stehenden Mitteln unausführbar ist, so liegt ursprüngliches Unvermögen zur Leistung vor. In diesen Fällen, — vom letzten einstweilen abgesehen[1]) — ist nicht Einwendung gegen die Art, d. h. hier die Zeit der Vollstreckung gemäß § 766, sondern Einwendung gegen den im Urteil festgestellten Anspruch selbst gemäß § 767 ZPO. zu erheben; es ist durch Klage geltend zu machen, daß der Anspruch wegen unverschuldeter Unmöglichkeit nicht mehr oder wegen verschuldeter nur noch mit verändertem Inhalt, als Schadensersatzanspruch fortbesteht.

IV. Wie steht es nun mit Fällen einer „Haftung ohne Schuld"?

1) Isay S. 192 f. findet eine solche in der Bürgschaft und dem Pfandrecht für aufschiebend bedingte oder künftige Forderungen. Hier soll das Schuldverhältnis noch nicht bestehen, vielleicht auch nie entstehen, das Haftungsverhältnis dagegen „bereits, also selbständig" bestehen, die Bürgschaft, das Pfandrecht „vollgültig" sein. — Ich habe diese Fälle früher (S. 91 f.) absichtlich nur gestreift, weil sie nur im Zusammenhang der Lehre von der Bedingung einschließlich der noch ziemlich unerforschten Rechtsbedingung genauer untersucht werden können. Da auch hier dazu nicht der Ort ist[2]), nur einige kurze Bemerkungen, in denen einstweilen mit Isay unterstellt, nicht zugegeben werden

1) Unten § 9.

2) Vergl. vorläufig Siber, KrVJSchr. 1905, 533 f.

soll, daß der Bürge nur hafte, nicht schulde, und daß die Pfandverwertung niemals zur Erfüllung, sondern stets zum Ersatz wegen Nichterfüllung der Schuld führe.

Ist die Schuld erst aufschiebend bedingt oder künftig, so ist nicht nur ungewiß, ob etwas geschuldet sein werde, sondern auch, ob Bürge und Pfand jemals auf Ersatz wegen Nichterfüllung in Anspruch genommen werden können. Eine unbedingte Haftung kann deshalb zwar in der oben[1]) erwähnten Fassung von Bekker angenommen werden, der ihr Wesen nur in einer Gebundenheit der Person oder Sache findet, aber nicht in der von Isay, der ja unter Haftung die Bestimmung der Person oder Sache sieht, dem Gläubiger als Ersatzobjekt wegen Nichterfüllung der Schuld zu dienen. Eine Haftung in diesem Sinne ist hier genau so gut in der Schwebe, wie die Schuld selbst; bis zur Entscheidung der Bedingung wird dem Gläubiger noch nicht, nach ihrem Ausfall wird ihm niemals geschuldet und gehaftet. „Vollgültig" kann man Bürgschaft und Pfandrecht nur in dem Sinne nennen, in dem man auch den aufschiebend bedingten Schuldvertrag so bezeichnen kann. Wie es bei diesem nicht mehr von der Willkür des Schuldners abhängt, ob er schulden werde, so kann auch der Eintritt der Haftung nicht mehr durch Willkür des Bürgen oder des Pfandeigentümers verhindert werden. Ihre Haftung ist nicht minder aufschiebend bedingt, als bei bedingter Bürgschaft und bedingtem Pfandrecht für eine unbedingte Schuld, aber die künftige Entstehung der Schuld ist freilich nicht vereinbarte, sondern Rechtsbedingung der Haftung, woraus sich wohl erklärt, daß ihr Eintritt entgegen § 158, 1 BGB. rückwirkende Kraft hat[2]). Solange die Rechtsbedingung schwebt, hat die Schuld, wie die Haftung erst eine Vorwirkung; der Schuldner,

1) S. 87 Anm.

2) Vergl. Eisele, ArchCivPrax. 50 295 ff.; 54 109 f.

wie die haftende Person oder Sache sind gebunden[1]): Die Person, sofern sie indirekt verpflichtet ist, jedes die Erfüllung der künftigen Schuld oder die Verwirklichung der künftigen Haftung vereitelnde Verhalten zu unterlassen, z. B. auch die Zerstörung der Pfandsache und ihre Veräußerung an gutgläubige Dritte; denn die Zuwiderhandlung macht sie für den Fall des Eintritts der Bedingung schadenersatzpflichtig. Die Sache, sofern sie, von den Vorschriften über Erwerb vom Nichtberechtigten abgesehen, nicht mit Vorrang vor dem Gläubiger der bedingten Forderung belastet werden kann (§ 1209 BGB.); aber ein Fahrnispfandrecht, zu dessen Wesen heute die Verwertungsbefugnis des Gläubigers gehört (§ 1204 BGB.), besteht noch nicht[2]), und ein Grundstückspfandrecht besteht erst als Eigentümergrundschuld (§ 1163 Satz 1 BGB.), die freilich der Eigentümer noch nicht auf seinen Namen umschreiben lassen, veräußern oder belasten darf. Mit dem Eintritt der Rechtsbedingung wird die Schuld, wie die Haftung eine unbedingte, und zwar vermöge der Rückwirkung das Fahrnispfandrecht mit dem Range von der Bestellung ab (§ 1209 BGB.), das Grundstückspfandrecht so, als hätte es von vornherein dem Gläubiger und nie dem Eigentümer zugestanden. Mit dem Ausfall der Rechtsbedingung fällt auch die Vorwirkung weg, und es wird gewiß, daß es niemals zu einer vollgültigen Schuld und Haftung gekommen ist. Die Rechtslage der bisher gebundenen Person ist die gleiche, wie vor dem Eintritt der Vorwirkung; die der Sache beim Fahrnispfand-

1) Parallel hiermit geht der jetzt von Strohal, Grenzen der Urteilsrechtskraft bei betagter und bedingter Berechtigung 9 ff. (Leipziger Festgabe für Degenkolb 148 ff.) überzeugend geführte Nachweis, daß schon der Abschluß des aufschiebend bedingten Uebertragungsgeschäfts eine gesicherte Anwartschaft und damit einen abgeleiteten Erwerb begründet.

2) Das bedingte Pfandrecht ist ebensowenig schon ein Pfandrecht, wie der bedingte Anspruch ein Anspruch.

recht ebenfalls, da die Belastungen der Zwischenzeit nicht mehr im Range zurückgedrängt werden können; das Grundstückspfandrecht bleibt zwar bestehen, aber nur als das, was es in der Schwebezeit war, als Eigentümergrundschuld; hier erhält mit dem Ausfall der Rechtsbedingung nur der Eigentümer die ihm bis dahin vorenthaltene Befugnis, die Grundschuld auf seinen Namen umschreiben zu lassen und über sie zu verfügen; eine Haftung des Grundstücks ergibt sich daraus nicht, denn die Eigentümergrundschuld begründet, wie man sie auch zu konstruieren hat, nicht eine Haftung wegen Schuld im Sinne des Rechts, sich aus der Sache Ersatz wegen Nichterfüllung einer Schuld zu verschaffen.

Will man die hier beschriebene Vorwirkung der kraft Rechtens bedingten Haftung selbst schon eine Haftung nennen, so ist das sprachlich möglich, aber es hat nur den Sinn irgend einer Gebundenheit, nicht den der unbedingten und deshalb allein „vollgültigen" Bestimmung, zum Ersatz wegen Nichterfüllung einer Schuld zu dienen.

2) Als Haftung für fremde Schuld betrachtet Isay S. 198 ff. die des Bürgen; im gleichen Sinne hat auch P. Puntschart[1]) schon beiläufig bemerkt, daß sie nach dem BGB. „Einständerschaft" sei.

Isay geht davon aus, daß der Bürge nicht die (vom Hauptschuldner) geschuldete Leistung verspreche, und daß seine Leistung inhaltlich von der des Hauptschuldners verschieden sein könne, z. B. wenn diese ein Dulden oder Unterlassen sei oder keinen Vermögenswert habe. Im letzteren Falle wird freilich keine Bürgschaft möglich sein, da bei Nichterfüllung der Bürge ebensowenig einen Schaden in Geld ersetzen kann, wie der Hauptschuldner selbst; hier können meines Erachtens nur Garantieverträge mit vertragsmäßiger Festsetzung eines Geld-

1) Grundschuldbegriff 23.

interesses, ähnlich einer Strafvereinbarung, aushelfen. Davon abgesehen, gebe ich Isays Prämissen um so lieber zu, als ich gleichfalls (S. 238 ff.) ausgeführt habe, daß der Bürge zwar, wie jeder Dritte, die Hauptschuld regelmäßig erfüllen kann, daß aber die ihm obliegende Leistung trotz der das Gegenteil besagenden fehlerhaften Fassung des § 766 S. 2 BGB. nicht Erfüllung der Hauptschuld ist, — sowie ferner, daß es Hauptschulden gibt, die ein Dritter und folglich auch der Bürge gar nicht erfüllen, bei denen er also von vornherein nur zur Leistung von Geldersatz verbunden sein kann.

Anzufechten sind aber die Schlüsse, die Isay hieraus zieht.

Ungenau ist zunächst die Bemerkung, daß die Subjekte des Schuldverhältnisses und des Haftungsverhältnisses auseinanderfallen. Das wäre nur zutreffend bei Bürgschaften für eine „Schuld ohne Haftung", wie bei den römischen für Naturalobligationen. Von dem hier vertretenen Standpunkt aus sind solche nach heutigem Recht nicht mehr möglich, da die Bürgschaft nach § 765 BGB. das Bestehen der „Verbindlichkeit" eines Dritten voraussetzt, d. i. im Sinne des Gesetzes einer klagbaren Verbindlichkeit; für indirekte Rechtspflichten, für sittliche Pflichten und solche kraft der Sitte, wie Spielschulden, ist darum keine Bürgschaft, sondern nur ein Garantievertrag möglich, der allerdings, aber in anderem Sinne, ein moderner Typus der „Haftung ohne Schuld" ist[1]). Aber auch vom entgegengesetzten Standpunkt aus wäre in den weitaus die Regel bildenden Fällen der Bürgschaft für klagbare Verbindlichkeiten der Hauptschuldner selbst Subjekt nicht nur des Schuld-, sondern auch des Haftungsverhältnisses; denn er ist der Klage, der Zwangsvollstreckung, der Ersatzpflicht wegen Nichterfüllung ebenso ausgesetzt, wie der Bürge.

1) Siehe unten S. 122.

Es ist weiter zu bestreiten, daß der Bürge nur Subjekt des (besser: eines von dem des Hauptschuldners verschiedenen) Haftungsverhältnisses sei. Denn daß die ihm obliegende Leistung nicht Erfüllung der Hauptschuld ist, beweist doch nicht, daß sie überhaupt nicht Erfüllung einer Schuld sei, auch nicht einer eigenen. Uebrigens will dies Isay anscheinend selbst nicht behaupten, denn er spricht S. 194 von einer „Leistung, zu der sich der Bürge verpflichtet", und er bezeichnet diesen nicht als Objekt, sondern als Subjekt des Haftungsverhältnisses; daraus folgt doch, daß auch der Bürge etwas „leisten soll", also eine Leistung „schuldet". Daß dies übrigens auch die Ansicht des Gesetzes ist, ergibt § 775 Z. 4 BGB.: „wenn der Gläubiger gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt hat"; auf Erfüllung seiner eigenen, nicht der Hauptschuld. — Danach können nicht die Subjekte von Schuld und Haftung verschieden sein, sondern Hauptschuldner und Bürge sind Subjekte je eines anderen Schuld- und Haftungsverhältnisses.

Wenn ich Isay hier recht verstehe, so sieht er in der Haftung des Bürgen dessen Verpflichtung zur Ersatzleistung wegen Nichterfüllung der Hauptschuld. Haftung ist dann in dem meines Erachtens nach heutigem Recht allein berechtigten Sinn der klagbaren Ersatzverpflichtung gebraucht, nicht in dem von Isay außerdem unterstellten einer der Schuld gegenüber selbständigen Klag- und Vollstreckungsmacht des Gläubigers. Freilich drängt sich die Frage auf, wie denn nach einem beides umfassenden Haftungsbegriff das Verhältnis zwischen der Ersatzleistungspflicht des Bürgen und der Vollstreckungsmacht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen gedacht werden soll. Wenn die Vollstreckung zum Ersatz wegen Nichterfüllung einer Schuld führt, so müßte sie gegenüber dem Bürgen zum Ersatz wegen Nichterfüllung seiner Pflicht zur Ersatzleistung führen; sie

wäre also Haftung wegen Nichtverwirklichung einer Haftung [1]).

Wie sich Isay den Inhalt der Verpflichtung des Bürgen vorstellt, ist mir nicht recht klar geworden. Er meint S. 200, daß der Einstehende nur für vermögenswerten Schaden Ersatz zu leisten habe, hält aber gleichwohl Bürgschaften für Verpflichtungen zu einem nicht vermögenswerten Tun für möglich. Er nimmt an, § 249 BGB., wonach die Schadenersatzpflicht in erster Linie auf Herstellung in Natur gerichtet ist, finde auf Haftungsverhältnisse keine Anwendung; aber er folgert daraus nur, daß der Haftende „in der Regel" zum Geldersatz verpflichtet sei. Ich sehe nicht, woraus sich bei Unanwendbarkeit des § 249 auf Haftungsverhältnisse überhaupt Fälle ergeben sollten, in denen ein Haftender zur Herstellung in Natur verpflichtet sein könnte. Da Isay keine Kriterien seiner Regel und ihrer Ausnahmen andeutet, auch nicht deutlich zu erkennen gibt, ob es für den Bürgen gleichfalls Ausnahmen von der Geldersatzpflicht gibt, so ist es mir nicht möglich, seine Ansicht zu ermitteln, und ich muß mich deshalb mit der Erörterung der Fragen begnügen, ob der Bürge stets nur zum Geldersatz, und ob er überhaupt zur Ersatzleistung wegen Nichterfüllung verpflichtet sei.

α) Meines Erachtens hat der Bürge nur dann Geldersatz zu leisten, wenn er zu der dem Hauptschuldner obliegenden Leistung nicht im stande ist, oder wenn ihm gegenüber die Voraussetzungen des § 283 BGB. eingetreten sind; — anderenfalls, also weitaus in der Regel, ist seine Leistung von der Erfüllung der Hauptschuld nicht im Erfolge für den

1) Die Stufenfolge wäre: 1) Hauptschuld, 2) Haftung wegen der Hauptschuld, umfassend a) Vollstreckungsmacht gegen den Hauptschuldner, b) Ersatzleistungspflicht des Bürgen, 3) Haftung wegen Nichterfüllung der letzteren, bestehend in der Vollstreckungsmacht gegen den Bürgen.

Gläubiger verschieden, vielmehr nur darin, daß sie nicht Tilgung, sondern Uebergang der Hauptforderung auf den Bürgen bewirkt. Ueber dies Ergebnis führt auch Isays Begründung nicht hinaus. Denn sie stützt sich auf Fälle, wo nur der Hauptschuldner erfüllen kann, z. B. wo er zur Duldung oder Unterlassung, zu einer nicht vermögenswerten Leistung verpflichtet ist. Das gilt auch von dem Argument S. 201, daß gegen den Bürgen nicht die Zwangsstrafen der §§ 888 ff. ZPO. verhängt werden können; sie können nur zur Erzwingung nicht vertretbarer Leistungen angeordnet werden; die dem Bürgen obliegende Leistung ist aber stets vertretbar, mag sie inhaltlich gleich Erfüllung der Hauptschuld, oder mag sie Geldersatzleistung sein. Aehnlich steht es in dem von Isay weiter herangezogenen Fall des § 571, 2 BGB. Der Vermieter haftet dem Mieter nach Veräußerung des Mietgrundstücks wie ein selbstschuldnerischer Bürge für Schadenersatz, wenn der Erwerber die Verpflichtungen aus dem Mietvertrage nicht erfüllt; genau so würde ein wahrer Bürge des Vermieters haften, weil er die Verpflichtungen aus dem Mietvertrage regelmäßig gar nicht erfüllen kann. Wenn aber der Vermieter das Grundstück zurückerwirbt, oder wenn der Bürge des Vermieters es erwirbt, so haben beide den Mietgebrauch selbst fortzugewähren, nicht nur Geldersatz zu leisten; denn die Verpflichtung des Vermieters besteht nach der Grundstücksveräußerung mit dem ursprünglichen Schuldinhalt fort und wird nur wegen des regelmäßig eingetretenen Unvermögens zur Erfüllung eine Geldersatzpflicht, und die Verpflichtung des Bürgen ist eine solche von vornherein nur wegen seines Unvermögens zur Hauptleistung; nach der Hebung des Unvermögens geht die Verpflichtung des Vermieters wieder, die des Bürgen nunmehr auf Gewährung des Mietgebrauchs [1]).

1) Das praktische Ergebnis wäre in diesem Fall auch nach der ent-

Daß der Bürge, wenn er zur Erfüllung der Hauptschuld im stande ist, das Gleiche zu leisten hat, wie der Hauptschuldner, kann aus § 766 S. 2 BGB. entnommen werden. Es ist zwar falsch, wenn hier gesagt wird: der Bürge erfülle die Hauptschuld; er könnte sie zwar in den meisten Fällen, so gut wie jeder Dritte, erfüllen und damit tilgen; im Fall des § 766 S. 2 aber tut er es nicht, da die Hauptforderung nicht erlischt, sondern auf ihn übergeht. Indes wäre diese fehlerhafte Ausdrucksweise des Gesetzes ganz unerklärlich, wenn die Leistung des Bürgen stets Geldersatz, also bei allen Nichtgeldschulden auch dem Gegenstande nach von der des Hauptschuldners verschieden wäre; wenn das Gesetz sie als Erfüllung der Hauptschuld bezeichnet, obwohl sie es ihrer Wirkung nach nicht sein kann, so muß daraus doch wenigstens entnommen werden, daß sie äußerlich in der Regel ebenso aussieht, wie jene.

Historische Gründe führen zu demselben Ergebnis: Auch wenn man die Zwangsvollstreckung heute nicht als Zwangserfüllung der Schuld ansieht, kann man doch nicht bestreiten, daß das neuere Recht ihren wirtschaftlichen Erfolg mit dem der Schulderfüllung vollkommen ausgeglichen hat. Dasselbe gilt annähernd von der Schadenersatzpflicht des BGB. Sie geht, solange es möglich ist, auf Herstellung des Zustandes, der ohne den zum Ersatz verpflichtenden Umstand bestehen würde

gegengesetzten Meinung ungefähr das gleiche. Der Vermieter, der das Grundstück zurückerwirbt, wäre aber nicht unmittelbar aus dem Mietvertrag, der Bürge, der es erwirbt, nicht aus der Bürgschaft zur Gewährung der Mietwohnung verpflichtet, sondern beide nur gemäß § 571, 1 BGB. ex lege in ihrer Eigenschaft als Erwerber des Grundstücks. Praktisch verschieden wäre das Ergebnis dagegen, wo der Bürge des Vermieters von vornherein zur Gewährung des Mietgebrauchs im stande ist, z. B. wo der Grundstückseigner sich beim Untermieter für den Untervermieter verbürgt; hier wäre er, da § 571 unanwendbar ist, nach der entgegengesetzten Meinung nicht zur Gewährung des Mietgebrauchs, sondern nur zum Geldersatz verpflichtet. Dies Ergebnis empfiehlt sich auch vom praktischen Standpunkt aus wohl schwerlich.

(§ 249 BGB.), nicht auf Geldersatz. Isay behauptet zwar S. 200, daß diese Bestimmung auf Haftungsverhältnisse keine Anwendung finde; sie würde dann nur ergänzendes Recht für vertragsmäßig übernommene Schadenersatzpflichten enthalten und zudem für die wichtigsten derselben, für Versicherungsverträge, fast niemals anwendbar sein, weil auch nach den Versicherungsbedingungen regelmäßig Geldersatz zu leisten ist. Seine Behauptung ist aber völlig willkürlich; eine Begründung ist ihr nicht beigefügt, und ich sehe schlechterdings nicht, was sich zu einer solchen anführen ließe. Eine Bestimmung, die Allgemeines über den Inhalt von Schadenersatzpflichten enthält, muß doch in erster Linie auf die gesetzlichen Schadenersatzpflichten bezogen werden, und die beruhen fast samt und sonders auf Haftung für Nichterfüllung von Schulden und für Delikte. — Sind hiernach zwei Anwendungen der früheren Haftung, die Zwangsvollstreckung und die gesetzliche Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung, im Erfolge für den Gläubiger mit der Schulderfüllung so weit ausgeglichen worden, wie es überhaupt möglich ist, so wäre unerklärlich, wie sich die Verpflichtung des Bürgen als dritte dieser ausgleichenden Tendenz plötzlich im neuesten Recht wieder hätte entziehen sollen, nachdem sie ihr im früheren weit eher, als die beiden anderen, erlegen war. Denn die Verpflichtung des Bürgen war im römischen Recht schon unter der Herrschaft der Geldexekution, soweit es der Leistungsgegenstand erlaubte, auf das Gleiche gerichtet, wie die des Hauptschuldners[1]), und sie ist es im gemeinen Recht geblieben. Demgemäß bezeichnete § 668 des I. Entwurfs die Verpflichtung des Bürgen geradezu als auf Erfüllung der Hauptschuld gerichtet; der Antrag, dafür zu setzen, daß der Bürge „für die Erfüllung der Verbindlichkeit

1) Vergl. darüber Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts S. 8 ff., 51 ff.

des Dritten einzustehen" habe, enthielt nach Ansicht der II. Kommission keine sachliche Aenderung von der früheren Fassung[1]). Die dem Antrag entsprechende Redeweise des § 765, 1 BGB. findet sich zuerst in § 706 des II. Entwurfs und ist nach den Aeußerungen der Protokolle offenbar von der Redaktionskommission ohne die Absicht einer sachlichen Aenderung gewählt worden. Das ist zwar für den Sinn des Gesetzes nicht maßgebend, aber es zeigt doch, wie mißlich es ist, einen früher technisch gewesenen Sinn des Wortes „einstehen" auch modernen Gesetzen als technisch zu unterstellen. Wenn noch die II. Kommission zwischen der Verpflichtung, die fremde Verbindlichkeit zu erfüllen, und der, für ihre Erfüllung einzustehen, sachlich keinen Unterschied fand, so geht daraus doch hervor, daß die älteren Verschiedenheiten in der Bedeutung von Erfüllung und Einstehen, wie übrigens auch von Schuld, Haftung u. a. beim Zustandekommen des BGB. noch nicht wieder zum Leben erwacht waren.

β) Vielleicht könnte man nun annehmen, daß die Verpflichtung des Bürgen nach heutigem Rechte doch eine Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung der Hauptschuld, wenn auch nicht notwendig von vornherein eine Geldersatzpflicht sei. Nach dem römischen Recht geht dies nicht an, da es zwar wie das heutige in seiner späteren Entwickelung den Bürgen regelmäßig zu der dem Hauptschuldner obliegenden Leistung verpflichtet, aber andererseits die Schadenersatzleistung wohl nur als Geldersatz, nicht als Herstellung in Natur ausgebildet hat. Den letzteren Schritt hat aber das BGB. in § 249 getan. Ist es damit zulässig geworden, die Leistung des Bürgen trotz ihrer regelmäßigen Inhaltsgleichheit mit einer Erfüllung der Hauptschuld doch als Ersatzleistung, und seine

1) Prot. 2, 461.

Verpflichtung als Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung der Hauptschuld zu behandeln? Darf man heute sagen: der Ersatzpflichtige hat nach § 249 den Zustand herzustellen, der ohne den zum Ersatz verpflichtenden Umstand, d. i. hier, der bei rechtzeitiger Erfüllung der Hauptschuld bestehen würde; darum könne die Verpflichtung des Bürgen, obwohl sie meist auf dasselbe gerichtet ist, wie die Hauptschuld, heute dennoch als Schadenersatzpflicht gelten? Das ist entschieden zu verneinen: Hätte der Bürge den Zustand herzustellen, der bei rechtzeitiger Erfüllung der Hauptschuld bestehen würde, so müßte er ohne Rücksicht auf Verschulden dem Gläubiger wegen Vereitelung und Verzögerung der fällig gewordenen Leistung des Hauptschuldners auch dann Ersatz leisten, wenn dieser selbst nicht im Verzug und deshalb nicht ersatzpflichtig ist. Dem steht aber der Satz, daß der Bürge nicht in duriorem causam verpflichtet werden kann, und die ausdrückliche Bestimmung des § 767 S. 1 BGB. unabweisbar entgegen.

Ich komme darum auch jetzt nicht darüber hinaus, daß nur deshalb die Verpflichtung des Bürgen als Einstehen, seine Leistung als Ersatzleistung, wenn auch nicht als Interesseleistung [1]) wegen Nichterfüllung der Hauptschuld, bezeichnet werden kann, weil sie abweichend von der Leistung des Dritten (§ 267) nicht deren Erfüllung ist —, und zwar letzteres zumeist nicht wegen ihres Inhaltes, sondern nur wegen ihres Erfolges für den Bürgen, sofern sie die Hauptforderung nicht tilgt, sondern auf ihn überträgt.

3) Dem Treuhänder soll nach Isay S. 194 f. nur gehaftet, nicht geschuldet werden. Wie das gemeint ist, sagt er nicht. Er beruft sich aber ausdrücklich auf P. Puntschart, der hier für das germanische Recht eine Parallele zur Bürgen-

---

1) Vergl. Bierling, Jurist. Prinzipienlehre 3, 376 ff.

haftung annimmt: der Treuhänder könne fordern, d. h. klagen, aber er solle nicht bekommen; er sei nicht Gläubiger, weil er nicht im eigenen, sondern im fremden Interesse klage [1]). Er habe ein Verfolgungsrecht gegen den Haftenden, solle aber nur das Interesse des Berechtigten schützen und müsse „den Erfolg" seiner „Aktion dem Gläubiger herausgeben" [2]). Mit der Haftung gegenüber dem Gläubiger falle auch das Verfolgungsrecht des Treuhänders weg [3]).

Soweit ich sehe, ist aber hier die Parallele zur Bürgenhaftung schon nach germanischem Recht eine höchst unvollkommene: Dem Bürgen gereicht seine Haftung zum Nachteil, er hat aus seinem Vermögen zu leisten. Dem Treuhänder gereicht die Haftung nicht zum Vorteil, er erhält das Beigetriebene nicht zu seinem Vermögen; er wird, anders als der römische Fiduziar, nicht einmal Eigentümer mit der Verpflichtung, das beigetriebene Eigentum dem Gläubiger zu übertragen. Kann aber die Klagbefugnis des Treuhänders, der durch Verwirklichung der Haftung nichts erhält, überhaupt als Haftung einem anderen, als dem Gläubiger gegenüber angesehen werden? Das Wesen der Haftung soll doch darin bestehen, daß Ersatz wegen Nichterfüllung der Schuld beigetrieben wird. Wenn also hier wirklich die Aktivsubjekte der Schuld und der Haftung verschieden wären, so müßte doch die beigetriebene Ersatzleistung in das Vermögen des Treuhänders fallen; wenn er diese nur zum Vermögen des Gläubigers beitreiben könnte, so träte der Haftungserfolg nur in der Person des Gläubigers ein; es würde also diesem und nicht dem Treuhänder geschuldet und gehaftet. — Man könnte das Verhältnis wohl aber auch anders betrachten, weil von germa-

1) Schuldvertrag und Treugelöbnis 281.
2) Das. 407 f.
3) Das. 415.

nistischer Seite angenommen wird, daß dem Treuhänder ein begrenztes dingliches Recht an Sachen [1]) (und ein entsprechend begrenztes Recht an Forderungen) des Hintermannes zustehe. Dann ist aber das Ergebnis, daß dem Treuhänder selbst auf Grund des seinem Recht unterliegenden Schuldverhältnisses nicht nur gehaftet wird, sondern auch geleistet werden soll, also geschuldet wird; freilich so, daß er an dem Leistungsgegenstand nicht das Vollrecht des Eigentümers, sondern nur das begrenzte Recht des Treuhänders zu erwerben hätte. Er erlangt dann also ein und dasselbe begrenzte Recht sowohl am Gegenstande der freiwilligen Leistung des Schuldners, wie an dem zu ihrem Ersatz dienenden Gegenstande der Zwangsbeitreibung. Ist denn aber ein Leisten- und Bekommensollen zu begrenztem Recht keine Schuld, und die Zwangsbeitreibung zu begrenztem Recht dennoch Durchführung einer Haftung? Steht es nicht vielmehr so, daß dem Treuhänder zu begrenztem, seinem Hintermann zu vollem Recht geschuldet und gehaftet wird [2])?

Wie verhält es sich ferner heute damit? Das wichtigste aus der Treuhand hervorgegangene moderne Rechtsverhältnis, die Testamentsvollstreckung, wird besonders von A. Schultze [3]) auch nach neuerem Recht als Fall eines begrenzten dinglichen Rechts des Vollstreckers am Nachlaß angesehen. Um ein modernes Beispiel zu gewinnen, soll dies hier als zutreffend angenommen werden; dabei kann auch für den vorliegenden Zweck dahingestellt bleiben, ob der Nachlaß im ganzen Objekt eines dinglichen Rechts sein kann [4]), oder ob begrenzte Rechte an den einzelnen Nachlaßobjekten anzunehmen wären, die

1) Vergl. Heusler, Instit. 1, 220; A. Schultze, IheringsJ. 43, 78, vergl. 25 f.

2) Wie beim Nießbrauch an Forderungen, § 1075 BGB.

3) a. a. O. 84 f.

4) Dagegen Strohal, Erbrecht [3] 295 f. A. 8.

natürlich nur an Nachlaßsachen dingliche sein könnten. Jedenfalls ist der Testamentsvollstrecker befugt, eine seiner Verwaltung unterliegende Nachlaßforderung gerichtlich geltend zu machen (§ 2212 BGB.), was nach Isay Verwirklichung der Haftung wäre. Nach § 2211 BGB. kann aber auf Grund der Forderung nicht an den Erben geleistet werden, da die Erfüllungsannahme Verfügung über die Forderung und als solche dem Erben entzogen ist; leistet also der Schuldner dem Erben, und liefert dieser das Empfangene nicht an den Vollstrecker ab, so kann der letztere nochmalige Leistung fordern. Wenn aber nach Isay dem Treuhänder nicht geschuldet wird, so soll auch ihm nicht geleistet werden. Wem soll dann der Schuldner überhaupt leisten? Und was wird aus der Haftung, die ja doch Ersatz wegen Nichterfüllung der Schuld herbeiführen soll? Trifft sie den Schuldner, obwohl er dem Erben nicht leisten kann, dem Treuhänder nicht leisten soll, und obwohl eine Person, der er leisten kann und soll, mit dem besten Willen nicht zu finden ist?

In Wahrheit steht es doch offenbar so, daß der Schuldner nicht dem Erben, sondern nur dem Vollstrecker leisten kann und soll, daß er nur von diesem durch Klage und Zwangsvollstreckung in Anspruch genommen werden kann und nur ihm Schadenersatz wegen Vereitelung oder Verzögerung der Erfüllung zu leisten hat. Dem Testamentsvollstrecker wird also nicht nur gehaftet, sondern auch geschuldet, aber der Leistungsgegenstand wird Eigentum des Erben und nur dem etwa anzunehmenden begrenzten Recht des Treuhänders unterworfen, gleichviel, ob er freiwillig hergegeben oder durch Vollstreckung beigetrieben, ob er der ursprünglich geschuldete ist oder zum Ersatz wegen Nichterfüllung dient. Die Besonderheit des Falles liegt also nur darin, daß dem Testamentsvollstrecker nicht im eigenen[1],

1) A. Schultze, a. a. O. S. 4 ff., 81.

sondern im Interesse des Erben oder auch anderer Personen geschuldet und gehaftet wird. Das beruht aber, wenigstens heute, auf dem Gegensatz des egoistischen und des altruistischen Anspruches[1]), nicht auf dem von Schuld und Haftung (S. 103, vergl. S. 36).

4) Wenn die vorstehenden Fälle danach nicht solche einer „Haftung ohne Schuld" nach Isays Auffassung sind, so gibt es freilich eine Gruppe, die dieser entspricht; Isay selbst führt sie nicht an: Eine Zwangsgewalt des Gläubigers ohne entsprechende Verpflichtung des Schuldners steckt in dem Recht zur Erwirkung des Arrestes und der einstweiligen Verfügung, sowie im Selbsthilferecht, soweit es nicht endgültige Befriedigung, sondern nur Sicherung bezweckt (S. 81). Der Gläubiger kann sich hier Sicherung verschaffen, ohne daß der Schuldner zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet ist. Die durch seine Zwangsrechte erzielte Sicherung ist ferner so geartet, daß sie der Schuldner gar nicht gewähren kann —, auch die Selbsthilfe bedarf ja hier der gerichtlichen Bestätigung. Der Schuldner ist aber auch zu einer anders gearteten, in seiner Macht stehenden Sicherung nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt, um die Vollziehung der Maßregeln des Gläubigers abzuwenden; höchstens könnte man eine indirekte Pflicht zur Sicherstellung verteidigen, und dann möchte vielleicht auch eine Haftung im germanistischen Sinne angenommen werden können, sofern der Gläubiger anstatt der Erfüllung der indirekten Pflicht in der anders beschaffenen gerichtlichen Sicherung Ersatz erhält. Doch scheint mir auch diese Auffassung überflüssig und verkünstelt: Der Arrest ist bestimmt, dem Gläubiger Sicherung der künftigen Erfüllung eines klagbaren Anspruchs zu verschaffen, und sein Zweck ist damit erschöpft. Legt man ihm

1) Vergl. noch Kohler, Enzyklopädie 1, 646.

daneben noch den weiteren Zweck bei, Ersatz wegen Nichterfüllung einer klaglosen Pflicht zur Sicherheitsleistung zu bieten, so ist das zwar unschädlich, aber bloße konstruktive Spielerei, da diese Sicherungspflicht doch nur aus dem zu sichernden Anspruch fließt, ohne ihn nicht vorkommt und deshalb wenigstens bei unbedingten und fälligen Ansprüchen[1]) ohne alle selbständige Bedeutung ist.

Ein entsprechender Fall ergibt sich aus § 866 ZPO.: Die Vollstreckung wegen Geldforderungen in ein Grundstück kann außer durch Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, die zur Erfüllung des Anspruchs führen, auch durch Eintragung einer Sicherungshypothek geschehen, die nur zu seiner Sicherung führt. Der Schuldner ist zur Bestellung der Sicherungshypothek auch hier nicht verpflichtet, sondern nur zum Zwecke der Vermeidung ihrer Zwangseintragung berechtigt. Ein Unterschied von den vorigen Fällen liegt allein darin, daß die vom Schuldner freiwillig zu leistende Sicherheit hier von gleicher Beschaffenheit ist, wie die vom Gläubiger zwangsweise erwirkte.

V. Von den Rechten, deren Ausübung Isay als Verwirklichung einer Haftung ansieht, haben das Klag- und Vollstreckungsrecht des Gläubigers gegen den Schuldner und gegen den Bürgen nach früherem Recht allerdings den Namen „Haftung" verdient, nämlich so lange, wie sie dem Gläubiger nicht Zwangserfüllung, sondern nur Ersatz wegen Nichterfüllung der Schuld verschaffen konnten, und wie der Bürge Objekt des Gläubigerzugriffs, nicht passives Subjekt einer von der Hauptschuld verschiedenen Verpflichtung war. Seit sich dies geändert hat, liegt eine Haftung im älteren technischen Sinne nicht mehr vor, und es ist nur ihr Name im Leben gebräuchlich

1) Vergl. unten § 6 I 4.

geblieben. Wenn dieser weiter auch der Vorwirkung des Pfandrechts für aufschiebend bedingte nnd künftige Forderungen beigelegt wird, so geschieht das noch weniger in einem technischen Sinn, sondern in der ziemlich vagen Bedeutung einer Gebundenheit der Sache durch die Vorwirkung. Von der zum Wesen der Haftung gehörigen Bestimmung, zum Ersatz wegen Nichterfüllung einer Verpflichtung zu dienen, ist hier noch nichts zu spüren; wäre diese Bestimmung dem Pfandrecht wesentlich, so läge sie doch erst vor, nachdem die Verpflichtung unbedingt geworden oder entstanden ist. — Ob das Zurückhaltungsrecht im Leben auch dann als Haftung bezeichnet wird, wenn es nicht zugleich ein Recht zur Zwangsverwertung der zurückbehaltenen Sache in sich schließt, wage ich zu bezweifeln; von dem Recht zur Feststellungsklage glaube ich das entschieden nicht. Beide aber fallen mindestens nicht unter den technischen Haftungsbegriff, da sie weder bestimmt, noch geeignet sind, dem Ersatzzweck zu dienen. Das Zurückhaltungsrecht hat nur die Wirkung des mittelbaren Zwanges zur Erfüllung, sofern es den Schuldner bewegen kann, sich der freiwilligen Schulderfüllung als des alleinigen Mittels zur Wiedererlangung der Sache zu bedienen. Ein gleichgearteter, aber weit schwächerer psychischer Zwang zur Erfüllung ist auch der einzige Zwangserfolg, den das Feststellungsurteil allenfalls haben kann. Dazu kommt endlich die Androhung der Schadenersatzpflicht wegen Erfüllungsvereitelung und -verzögerung; sie schließt wie jede Androhung eines Uebels einen psychischen Zwang in sich, der aber gleichfalls nur die freiwillige Schulderfüllung herbeiführen kann (S. 182 f., 255 f.). Der gesamte bisher besprochene Zwang, bestehe er im bloßen gesetzlichen Ausspruch von Rechtsfolgen der Nichterfüllung oder in der Anwendung eines besonderen Apparates, wie der Verurteilung und Vollstreckung, der gerichtlichen Feststellung, der Zurückhaltung, ist danach be-

stimmt, Schulderfüllung, nicht Schadloshaltung wegen Nichterfüllung herbeizuführen. Dem Entschädigungszweck dient von allen nur noch die schon entstandene Schadenersatzpflicht im Gegensatz zu ihrer bloßen Androhung; sie hat deshalb nicht nur, wie manche der anderen Zwangsmittel, im Leben den Namen Haftung behalten, sondern sie führt diesen auch heute noch in einem, wenn man will, technischen Sinne.

Die einzige moderne Form der Personenhaftung ist also die Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung einer primären Pflicht[1]. Sie ist der alten Haftung gegenüber in zwiefacher Weise verändert:

1) Dem Inhalte nach, sofern die Person des Schuldners, wie auch des Bürgen nicht mehr Objekt des Haftungsverhältnisses, Geisel ist[2]. Die Person ist heute nur noch in seltenen Fällen Rechtsobjekt; wie das Kind nach § 1631, 2 BGB. Objekt des elterlichen Züchtigungsrechts, nicht passives Subjekt eines Anspruchs auf Duldung der Züchtigung sein wird. Objekt von Vermögensrechten, wie der Haftung für Schuld, konnte sie aber nur auf Stufen der Rechtsentwickelung sein, auf denen man eine Sklaverei zuließ oder sich doch von der sie zulassenden Anschauung noch nicht ganz frei gemacht hatte. Es ist daher das Ergebnis einer naturgemäßen Entwickelung, wenn die Haftung zu einer sekundären, auf Schadenersatz gerichteten Schuld[3], aber gleich der primären durch Vollstreckung erfüllbar geworden ist: in gleichem Verhältnis, wie die Schuld durch Ausbildung der Zwangserfüllung erstarkt, ist die Haftung abgeschwächt, sie ist aus pfandartiger Verstrickung der wie eine Sache be-

1) In diesem Sinne nennt sie auch Matthiaß 1 § 88 „die Haftung in Schuldverhältnissen“.

2) Siehe noch Kohler, Enzyklopädie 1, 637.

3) Vergl. Bierling, a. a. O. 384.

handelten Person zu einer eventuellen Schuld geworden.

2) Verändert hat sich ferner ihr Anwendungsgebiet, sofern sie von dem gesamten jetzt durch die Zwangserfüllung eingenommenen Boden zurückgedrängt worden ist. Ursprünglich griff sie überall Platz, wo der Schuldner nicht freiwillig leistete. Heute bleibt für sie nur noch in folgenden Fällen Raum:

a) bei klagbaren Verpflichtungen anstatt der Erfüllung der primären Schuld, wo diese unmöglich geworden ist oder gemäß §§ 283, 326 BGB. als unmöglich behandelt wird; neben der Erfüllung der primären (S. 169 f., 256) oder der sekundären Schuld, wo sie verzögert wird (S. 115 f., 256).

Ist die geschuldete Leistung so beschaffen, daß sie nicht unmöglich werden kann, so kommt eine Haftung anstatt der Erfüllung nicht in Betracht; so bei vielen primären, z. B. den auf Geldleistung gerichteten Verbindlichkeiten, und bei allen sekundären, auf Schadenersatz gerichteten, die insbesondere durch Unmöglichwerden der Wiederherstellung in Natur niemals erlöschen, sondern stets zu Geldschulden werden (S. 115, 256)[1];

b) bei klaglosen, d. h. indirekten Rechtspflichten in gewissen Fällen kraft Gesetzes, z. B. bei den Anzeigepflichten; aber auch kraft Garantievertrags, indem der indirekt Verpflichtete selbst oder ein Dritter sich zur Ersatzleistung wegen Nichterfüllung der indirekten Pflicht verbindet; von einem Dritten geschlossen, ist dieser Vertrag ein moderner Typus der Haftung ohne Schuld, d. h. der Ersatzpflicht wegen Nichterfüllung der indirekten Pflicht eines anderen;

---

1) Dazu Siber, KrVJSchr. 1905, 535 ff.

c) in den Fällen der Deliktshaftung. Auch sie ist heute Schadenersatzpflicht wegen Verletzung einer primären Pflicht, fällt aber mit keiner der zwei vorigen Gruppen zusammen, weil die verletzte Pflicht hier weder klagbare „Verbindlichkeit“ im Sinne des BGB., noch indirekte Rechtspflicht ist. Die Klagen auf Unterlassung unerlaubter Handlungen, die im Anschluß an § 1004 S. 2 BGB. und ähnliche Vorschriften in der Praxis immer mehr an Ausdehnung gewinnen, sind nicht auf Erfüllung von Unterlassungsverbindlichkeiten gerichtet; sie dienen trotz ihrer verfehlten Form nicht dem Erfüllungszweck der Leistungsklage, sondern nur dem Sicherungszweck der einstweiligen Verfügung (S. 111 ff.). Daß die Pflicht zur Unterlassung unerlaubter Handlungen nicht Inhalt eines Anspruchs, einer Verbindlichkeit, eines Schuldverhältnisses ist, sondern nur unselbständiger Ausfluß des an alle Welt gerichteten allgemeinen Verbotsgesetzes, nur dessen Beziehung auf den einzelnen, folgt daraus, daß ihre Verletzung nicht nach den Grundsätzen des sog. kontraktlichen, besser des Erfüllungsverschuldens, sondern nach den selbständig ausgebildeten des Deliktsverschuldens zum Ersatz verpflichtet; die Ansicht, daß sie Inhalt eines Unterlassungsanspruchs sei, führt zur Aufhebung des wohlberechtigten und jedenfalls im BGB. aufrecht erhaltenen Unterschiedes von Erfüllungshaftung und Deliktshaftung (S. 100 ff., 256). — Sie ist aber auch von den im BGB. anerkannten indirekten Pflichten verschieden, weil es ihr an der bei diesen stets vorhandenen konkreten Beziehung von Person zu Person fehlt. — Trotzdem ist die Deliktshaftung wahre Haftung im modernen Sinn, d. h. Schadenersatzpflicht wegen Ungehorsams gegen einen primären Rechtsbefehl.

d) Keine Haftung, sondern selbst primäre Verpflichtung ist natürlich die Ersatzpflicht für einen Schaden, der nicht durch Verstoß gegen einen Rechtsbefehl verursacht ist; so die gesetz-

liche Verpflichtung des Tierhalters und anderer aus Quasidelikt, die auch in §§ 833—838, 840, 3 BGB. nicht Haftung genannt wird [1]), sowie die vertragsmäßige aus Versicherungsverträgen.

§ 4. Sachenhaftung.

Wenn die Umwandlung der Personenhaftung aus pfandartiger Verstrickung in eine bloße Schadenersatzpflicht nach moderner Rechtsanschauung unabweislich ist, weil die Person nicht mehr Objekt von Vermögensrechten sein kann, so stehen einer Sachenhaftung in der alten Form gleich zwingende Gründe nicht entgegen. Es liegt deshalb nahe, daß man moderne Anwendungsfälle vorwiegend auf ihrem Gebiete gesucht hat. Da die Möglichkeit ihrer Beibehaltung hier schwerlich bestritten werden kann, so ist es nur eine Frage des positiven Rechts, ob sie wirklich beibehalten worden ist. Bei der Beantwortung erheischen die unstreitig vorhandene Macht des Gläubigers, die Sache zu seiner Deckung zu verwenden, und die bestrittene, dem Eigentümer als solchen obliegende Pflicht zur Leistung eine gesonderte Betrachtung.

I. Die Macht des Gläubigers richtet sich auf Nutzungen und Verkaufswert der Sache; um beides zu umfassen, bezeichnet man sein Recht am besten mit Zitelmann [2]) als Verwertungsrecht.

1) Ein solches steckt, wie die herrschende Meinung annimmt, als dingliches in allen Pfandrechten. Ihr Dinglichkeitsbegriff ist mehrfach angefochten worden, und jetzt hat

---

1) Auch nicht in § 835, 3: ein Verband, „der nicht als solcher haftet"; dies ist allgemeine Bezeichnung des Verbandes, ähnlich der „Gesellschaft mit beschränkter Haftpflicht"; es ist nicht gesagt, „für den Wildschaden haftet".

2) Internat. Privatr. 2, 563.

ihn auch Isay S. 196 als „unklarsten aller Rechtsbegriffe" bezeichnet. Ich halte diesen Vorwurf für unberechtigt, kann aber nicht im Vorbeigehen auf die einschlagenden Fragen und ihre Literatur eingehen und muß mich deshalb mit wenigen, die angebliche Unklarheit betreffenden Bemerkungen begnügen; vielleicht würde an ihrer Stelle schon der bloße Hinweis auf die überzeugenden Ausführungen Zitelmanns[1]) ausreichen.

Ob die absoluten Verwertungsrechte als Rechte an der Sache anzusehen sind oder nicht, wird davon abhängen, ob die Befugnis zur Veräußerung der Sache im Eigentum enthalten oder Inhalt eines begrifflich von ihm verschiedenen Kannrechts ist[2]). Aber auch wenn man das letztere annimmt, bleiben die Verwertungsrechte doch den zweifellosen Rechten an der Sache völlig parallele Bildungen:

Das Eigentum umfaßt die positive Befugnis zur eigenen Benutzung und die negative zum Ausschluß fremder Benutzung der Sache. Analog das Kannrecht des Eigentümers die positive zu ihrer Veräußerung und die negative zum Ausschluß anderer von der Veräußerung; die letztere zeigt sich besonders deutlich in Rechtsordnungen, wie der des BGB., wonach der kraft Grundbucheintrags oder Fahrnisbesitzes Scheinberechtigte die fremde Sache zwar veräußern kann, aber nicht darf.

Die begrenzten Rechte an Sachen engen zum einen Teil die positive Benutzungs-, zum anderen die negative Ausschließungsbefugnis des Eigentümers ein; jene sind Verbietungs-, diese Benutzungsrechte. Ganz entsprechende Rechte beschränken die Befugnisse des Eigentümers zur Verwertung der Sache und zum Ausschluß anderer von ihrer Verwertung. Wie ihm die servitus altius non tollendi die Benutzung in

1) Internat. Privatr. S. 49 f., 305, vergl. noch Sohm, Der Gegenstand (Leipziger Festgabe für Degenkolb) 76 f.

2) Vergl. namentlich auch Thon, Rechtsnorm 327 f.

gewisser Beziehung verbietet, so das Recht aus Vormerkung [1]) und das dingliche Vorkaufsrecht ihre Verwertung. Wie Erbbaurecht, Nießbrauch und alle positiven Dienstbarkeiten seine Befugnis zum Ausschluß fremder Benutzung einengen, so das Pfandrecht die zum Ausschluß der Verwertung durch andere; jene geben dem beschränkt Berechtigten die Befugnis zur Benutzung, diese eine solche zur Verwertung der fremden Sache.

Entsprechende Gebilde finden sich weiter bei den Rechten an Rechten. Sind diese das, was ihr Name besagt, so ist der Parallelismus auch hier vollständig: wie der Nießbrauch am Erbbaurecht zur Benutzung des Rechts, so befugt das Pfandrecht daran zu seiner Verwertung. Sind freilich die Nutzungsrechte an Rechten in Wahrheit Rechte an der Sache, so endet hier die äußere Aehnlichkeit, denn die Verwertungsrechte ergreifen nicht die Sache, sondern das Recht.

Werden nun die absoluten, d. h. aller Welt gegenüber geschützten und mit Vorrang vor jüngeren ausgestatteten Benutzungs- und Verwertungsrechte unter dem herrschenden Dinglichkeitsbegriff zusammengefaßt, so befinden sie sich jedenfalls unter näheren Verwandten, als das Pfandrecht und die Haftung des Bürgen in der Gesellschaft des Rechts zur Feststellungsklage, mit dem sie unter Isays Haftungsbegriff fallen

1) Deshalb ist, beiläufig, die sehr streitige Frage, ob durch Vormerkung einer Hypothek gemäß § 1163 S. 1 BGB. ein Eigentümerpfandrecht begründet werde, zu verneinen. Ein solches entsteht, wo dem eingetragenen Gläubiger wegen des Fehlens einer Forderung das Verwertungsrecht noch nicht erworben ist. Das Recht aus der Vormerkung einer Hypothek ist aber nicht ein bedingt erworbenes Verwertungsrecht, sondern ein Recht zum Ausschluß einer Verwertung durch den Eigentümer, nämlich der Veräußerung und Belastung zum Nachteil der vorgemerkten Hypothek. Das Recht des Eigentümerpfandrechts aber gilt nur für Verwertungs-, nicht für Ausschließungsrechte. Im Ergebnis ebenso jetzt Dernburg 3³, 645 Anm. 3; Kohler, Enzyklopädie 1, 604 Anm.; Biermann² § 1163, 3, wo Literatur.

sollen. Ein Oberbegriff über absoluten Benutzungs- und Verwertungsrechten ist gar nicht zu entbehren. Denn einmal können beide an derselben Sache kombiniert sein, wie beim Nutzpfand und, wenigstens nach Gierkes[1]) nachdrücklich verfochtener Ansicht, bei den Reallasten. Und vor allem rangieren beide Gruppen untereinander ohne wesentlichen Unterschied; wenn ein Nießbrauch den Vorrang vor einem Pfandrecht haben kann und umgekehrt, so müssen beide bis zu gewissem Grade gleichgeartete Rechte sein; als solche unterstehen sie dem Dinglichkeitsbegriff der herrschenden Meinung. Ist aber dieser berechtigt und unentbehrlich, so ist die Frage nach dem Zutreffen des Namens „dingliche" Rechte von untergeordneter Bedeutung; es besteht auch kein Bedürfnis, diesen für die Zusammenfassung der absoluten und relativen Nutzungsrechte zu verwenden, wenn dies auch sprachlich wohl möglich ist; denn die Bezeichnung beider Gruppen als Nutzungsrechte reicht dafür vollständig aus.

2) Die Verwertungsrechte sind nicht immer absolute. Relative sind weniger bekannt und seltener, aber sie können mindestens vereinbart werden. Insbesondere können sie auch vermöge der Konversion des § 140 BGB. als vereinbart gelten, wo das in erster Linie gewollte dingliche Fahrnispfandrecht infolge eines gesetzlichen Hindernisses nicht zur Entstehung kommt. Eine im Mitbesitz von Gläubiger und Eigentümer befindliche Sache kann jenem zwar ohne Verschaffung des Alleinbesitzes oder des Mitverschlusses nicht verpfändet werden (§ 1206 BGB.). Aber nichts hindert den Eigentümer, ihm die Veräußerung der vermöge des Mitbesitzes zugänglichen Sache und die Verwendung des Erlöses zu seiner Deckung zu gestatten. Ein Student benutzt etwa einen im Hausflur stehen-

---

1) 2 S. 710 ff.

den Kleiderschrank gemeinsam mit seinem Vermieter; er räumt diesem das Recht ein, seinen darin hängenden Pelz an einem bestimmten Tage zu verkaufen und den Erlös zur Befriedigung wegen einer Darlehnsforderung zu behalten. Die Veräußerung durch den Gläubiger ist dann vermöge der Einwilligung des Schuldners wirksam (§ 185, 1 BGB.); ferner ist diese auf Grund bindender Vereinbarung erklärt und deshalb schon vor der Veräußerung kraft des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses für den Eigentümer nicht widerruflich (§ 183 S. 1 BGB.)[1]. Der Gläubiger kann deshalb sein Recht zur Veräußerung auch durch Klage auf Duldung gegen den Eigentümer durchsetzen, den die Vereinbarung später gereut, aber freilich nicht gegen Dritte, da er kein absolutes Verwertungsrecht erlangt hat.

Gesetzliche Fälle dieser Art sind nicht häufig. Die Zurückhaltungsrechte, in denen Isay eine zweifellos nicht dingliche Sachhaftung findet, schließen nur ausnahmsweise Verwertungsrechte in sich; so das des Besitzers wegen Verwendungen wenigstens bei beweglichen Sachen (§ 1003 BGB.) und das kaufmännische, für das aber bestritten und gewiß recht fraglich ist, ob es nicht als dingliches Recht angesehen werden muß.

3) Forderungen mit sog. beschränkter Haftung

1) Daß die den Widerruf ausschließenden „zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse" nicht nur die im Gesetz besonders hervorgehobenen sind, daß mit anderen Worten die regelmäßige Widerruflichkeit der Einwilligung nicht zwingenden Rechts ist, zeigt der contractus mohatrae (vergl. Planck § 607 Nr. 2 b): Ermächtigt der Eigentümer einen anderen, seine Sache zu verkaufen und den Erlös als Darlehn zu behalten, so ist meines Wissens nicht bestritten, daß er die erklärte Einwilligung vor dem Verkauf der Sache nicht beliebig widerrufen kann, sondern nur unter den Voraussetzungen der Widerruflichkeit des Darlehnsvorvertrags (§ 610 BGB.). Kann aber die den Widerruf ausschließende Vereinbarung hier credendi causa geschehen, so ist nicht zu ersehen, warum die obige, durchaus analoge Vereinbarung solvendi causa unzulässig sein sollte.

von Vermögenskomplexen enthalten, wie Zitelmann mit Recht betont, an und für sich kein Verwertungsrecht des Gläubigers.

a) Ob sie außer in den gesetzlichen Fällen auf Grund von Vereinbarungen möglich sind, ist bekanntlich nicht unstreitig[1]). Die Beantwortung der Frage hängt meines Erachtens nur davon ab, wie weit das Zwangsvollstreckungsrecht und die sich damit berührenden Teile des materiellen Rechts, besonders des Pfandrechts, zwingenden Charakter haben. Dies ist der Fall bei den sozialrechtlichen Vorschriften zu Gunsten des Schuldners, z. B. über die Unpfändbarkeit, und bei den Bestimmungen zum Schutze der Verkehrssicherheit des Realkredits, z. B. über die Unzulässigkeit von Generalhypotheken. Weshalb aber der Satz zwingenden Rechts sein sollte, daß mangels besonderer gesetzlicher Beschränkungen jeder Gläubiger in das ganze Vermögen des Schuldners Vollstreckung suchen kann, ist nicht einzusehen. Oeffentliches Interesse wird in keiner Weise berührt, wenn der Gläubiger sich dieser Befugnis zum Teil begeben will. Dies ist auf zwiefache Art möglich und zulässig: es kann sowohl vereinbart werden, daß ein einzelner Gegenstand von der Vollstreckung ausgenommen sein, wie daß die Vollstreckung nur in einen begrenzten Vermögenskomplex, in ein Sondergut soll stattfinden dürfen. Ersterenfalls liegt gleichwohl eine unbeschränkte klagbare Verpflichtung des Schuldners vor; denn die vertragsmäßige Ausnahme einzelner Gegenstände von der Vollstreckung ändert nichts daran, daß ihr das Schuldnervermögen im ganzen unterliegt, so wenig wie die gesetzliche Ausnahme der unpfändbaren Gegenstände. Letzterenfalls liegt

1) Zweifelnd anscheinend Zitelmann, a. a. O. 578; Anhänger der bejahenden Meinung Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit² 39 c. a. A. 64; Stammler, Schuldverhältnisse 23.

eine gegenständlich beschränkte Verpflichtung, eine solche mit sog. beschränkter Haftung vor. Die praktische Verschiedenheit beider Fälle zeigt sich z. B. im Konkurse des Schuldners: ein durch Vereinbarung mit dem Gläubiger von der Vollstreckung ausgenommener Gegenstand gehört gleichwohl zu dem der Vollstreckung unterliegenden Schuldnervermögen und folglich zur Konkursmasse; die Vereinbarung war nur dazu bestimmt, dem Schuldner den ihm vielleicht besonders werten Gegenstand zu erhalten; da sie aber natürlich die übrigen Gläubiger nicht bindet, so wird ihr Zweck vereitelt, und sie ist mit der Versilberung im Konkurse gegenstandslos geworden; darum kommt ihr Erlös auch dem Gläubiger zu gute, der die Vereinbarung getroffen hat; er ist nicht den übrigen Gläubigern zu reservieren. Anders im zweiten Fall: Soll der Gläubiger nur ein Sondergut in Anspruch nehmen dürfen, so ist die Beschränkung seines Rechts nicht nur Mittel, dem Schuldner das übrige Vermögen zu erhalten, sondern Selbstzweck; der Gläubiger kann deshalb auch im Konkurse nur aus dem begrenzten Komplex Befriedigung erlangen.

Sind nun Vereinbarungen dieser Art nicht durch entgegenstehende zwingende Rechtssätze ausgeschlossen, so sind sie doch auch für sich allein nicht geeignet, an dem Sondergut ein Vorrecht vor anderen Gläubigern zu begründen. Die par condicio creditorum kann natürlich durch Vereinbarung des Schuldners mit einem Gläubiger zum Nachteil der übrigen nur durchbrochen werden, wo das Gesetz es besonders gestattet, nur unter den Voraussetzungen der Pfandbestellung. Es ist daher nicht zu verwundern, wenn die Vereinbarung beschränkter Haftung nicht oft vorkommt; denn sie führt nur zur Verminderung der gesetzlichen Gläubigerrechte ohne ein diesen Nachteil aufwiegendes Vorrecht. Hauptfall ist die Vereinbarung, daß ein Gesellschafter

nur mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen verpflichtet sein soll[1]).

b) Ein dingliches Verwertungsrecht des Gläubigers am ganzen, seinem Zugriff unterliegenden Vermögen ist seit dem Verbot der Generalhypothek nicht mehr möglich, natürlich auch dann nicht, wenn durch Vereinbarung einzelne Gegenstände von der Vollstreckung ausgenommen sind; die Bestellung eines obligatorischen Verwertungsrechts wird niemand in solchen Vereinbarungen finden wollen. Aber auch aus der gesetzlichen, wie der vereinbarten Beschränkung auf Vermögenskomplexe folgt weder ein absolutes Verwertungsrecht, das den Vorrang vor jüngeren Pfandrechten sichert, noch ein relatives, kraft dessen der Gläubiger — wie im obigen Fall der des Studenten die Herausgabe des Pelzes — die Ausantwortung des Sondervermögens zum Zwecke seiner privaten Verwertung fordern könnte[2]); dergleichen liegt offenbar im Sinne weder des Gesetzes, noch einer entsprechenden Vereinbarung. In den meisten Fällen dieser Art erlangt vielmehr der Gläubiger ein Verwertungsrecht, und zwar ein dingliches, erst mit der Vollstreckung: wie ein im Zugriff unbeschränkter Gläubiger kann er sich hierdurch nur Pfandrechte an den einzelnen der Vollstreckung unterliegenden Gegenständen, nicht ein solches an dem Vermögenskomplex im ganzen verschaffen. Auch die dem Erben nach dem unklaren § 1990 S. 2 u. a. obliegende „Herausgabe" des Nachlasses „zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung" ist nicht, wie Binder[3]) annimmt, eine Herausgabe zur Ermöglichung der

1) Ein anderer Fall häufig im Zwangsvergleich (S. 193 f., vergl. Jäger, Kommentar² 784 f.), der aber keine Haftungsbeschränkung kraft Vereinbarung herbeiführt.

2) Zitelmann, a. a. O. 573.

3) Rechtsstellung des Erben 2, 122 ff.

privaten Verwertung; das Gesetz will hier nur besagen, daß der Gläubiger befugt ist, die einzelnen Nachlaßgegenstände pfänden zu lassen (S. 213).

Wenn demnach ein Verwertungsrecht der auf Vermögenskomplexe beschränkten Forderung nicht wesentlich ist, so schließt das natürlich nicht aus, daß im Gesetz doch zuweilen ein solches zur Sicherung dieser Forderungen festgesetzt wird. Das ist der Fall bei den gesetzlichen Pfandrechten am Schiffsvermögen nach dem Seerecht und verwandten Gesetzen (S. 193), die dem Gläubiger ein Verwertungsrecht ohne vorgängige Pfändung gewähren. Durch Vereinbarung könnte das Gleiche nur nach den Grundsätzen der Verpfändung einzelner Vermögensstücke erreicht werden; die Verpfändung sämtlicher Bestandteile eines Komplexes aber wird sich meist tatsächlich verbieten. — Relative Verwertungsrechte an Vermögensmassen setzt meines Wissens das Gesetz nicht fest, und darauf gerichtete Vereinbarungen können wohl als unpraktisch beiseite bleiben.

II. Logisch, wie legislatorisch möglich ist ein Verwertungsrecht ohne alle Anlehnung an die Leistungspflicht einer Person. In einem Falle des geltenden Rechts ist die Annahme eines solchen auch nach der germanistischen Schuldlehre nicht zu umgehen; bei der Grundschuld am herrenlosen Grundstück ist auch eine klaglose Schuld der Person unmöglich, da kein Subjekt für sie vorhanden ist (S. 214 f.).

1. Wiederum nur eine Frage des positiven Rechts aber ist es, ob die Verwertungsrechte sich nicht gleichwohl da, wo sie nicht zur Sicherung einer persönlichen, d. h. in das ganze Schuldnervermögen vollstreckbaren Forderung dienen, an eine direkte oder indirekte Leistungspflicht der Person, und da, wo der Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, an eine solche des Eigentümers anlehnen. Zitelmann bejaht die obligatorische Leistungspflicht, wo das Zugriffsrecht des

Gläubigers auf Vermögenskomplexe, er verneint sie, wo es auf einzelne Sachen beschränkt ist; er meint[1]), daß im letzteren Fall eine Leistungspflicht des Eigentümers als solchen doch nur ein Verwertungsrecht des Gläubigers auslösen könne und deshalb eine „überflüssige konstruktive Puppe" sei. — Im folgenden wird der Vereinfachung halber stets vom Falle der Grundschuld ausgegangen.

a) Entspräche sie dem Typus des ausschließlichen, an keine Leistungspflicht angelehnten Verwertungsrechts, so folgt daraus zwar nicht logisch, aber nach legislatorisch unabweisbarer Zweckmäßigkeitsrücksicht eine **facultas alternativa** des Eigentümers, den ihr entsprechenden Betrag zur Abwendung der Zwangsverwertung freiwillig aus seinem sonstigen Vermögen zu leisten; denn das Interesse des Gläubigers verlangt nur, daß er den Betrag erhält, nicht daß er ihn gerade aus dem Grundstück erhält.

b) Ebensogut könnte die Regelung im Sinne der germanistischen Theorie geschehen, dergestalt, daß der Eigentümer den vollen Betrag aus seinem ganzen Vermögen leisten soll, der Gläubiger aber nur durch Verwertung des Grundstücks, also auch nur, soweit dessen Wert reicht, Ersatz wegen Nichterfüllung beitreiben kann. Es ist logisch möglich, daß ein auf Tausende gerichtetes Leistensollen nur durch Androhung des Eigentumsverlustes an einer Stecknadel sanktioniert wird; die Sanktion kongruiert hier zwar nicht mit dem Leistensollen, und sie ist die denkbar schwächste, aber sie bleibt immerhin eine Sanktion des Leistensollens. Auch bei der Grundschuld wäre danach die Pflicht zur Leistung des vollen Betrages aus dem ganzen Vermögen nicht durch eine ihr kongruente Klag- und Vollstreckungsmacht sanktioniert, sondern, ähnlich

1) a. a. O. 568.

wie die indirekte Pflicht bei der Vertragsstrafe ohne Hauptverpflichtung, durch inkongruente Zwangsgewalt.

Im Ergebnis steht diese Auffassung der vorigen näher, als es auf den ersten Blick scheinen mag. Denn ist die Durchführung des Verwertungsrechts durch freiwillige Leistung des Wertes aus anderen Mitteln abwendbar, so wird der Eigentümer, wenn es irgend geht, von der facultas alternativa Gebrauch machen, um den Verlust des Grundstücks zu vermeiden; immer wenn ihm daran gelegen ist, es zu behalten, liegt es tatsächlich ebenso, wie wenn statt der facultas alternativa eine indirekte Pflicht zur Leistung bestände; denn so oder so wird er womöglich die goldene Brücke der freiwilligen Leistung aus anderen Mitteln betreten (vergl. S. 66). Auch zwischen der germanistischen klaglosen Schuld und der indirekten Pflicht kann ich aber einstweilen keinen merklichen Unterschied finden. Vor allem folgt hier aus ihrer Annahme so wenig, wie aus der ersten Auffassung, daß die freiwillige Leistung in der Meinung, sie sei Gegenstand einer klagbaren Verpflichtung, der soluti retentio unterliege. Denn die klaglose Schuld ist im Sinne des Gesetzes nicht eine Verpflichtung, und die Rückforderung ihrer Erfüllung nur dann ausgeschlossen, wenn es das Gesetz besonders für den Einzelfall vorschreibt. Die einzige Bestimmung, aus der die Ausschließung hier folgen kann, ist aber § 814 BGB., und der Grund der Ausschließung deshalb nicht die klaglose Schuld, sondern die inhaltlich mit ihr übereinstimmende sittliche Pflicht oder Anstandsrücksicht. Es ist keineswegs richtig, daß jeder indirekten Rechtspflicht eine sittliche oder Anstandspflicht gleichen Inhalts, und namentlich nicht, daß jeder gegenständlich beschränkten Verpflichtung eine solche zur Leistung des vollen Betrages entspräche. In der seerechtlichen Literatur wird zwar vielfach das Gegenteil gelehrt. Damit wird aber einmal nur eine Folgerung aus der zu Grunde gelegten Konstruktion, aus der angeblich nur durch Sachhaftung

sanktionierten Pflicht zur Zahlung des vollen Betrages gezogen, weshalb es jedenfalls nicht die Richtigkeit dieser Konstruktion beweisen kann. Weiter ist die Folgerung nach heutigem Reichsrecht auch dann nicht zutreffend, wenn die Konstruktion richtig wäre. Denn die Frage der soluti retentio ist auch in seerechtlichen Fällen, da das HGB. darüber schweigt, nur nach §§ 813 f. BGB. zu entscheiden; danach ist aber die condictio indebiti nur ausgeschlossen, wenn die Leistung durch eine Verbindlichkeit im Sinne des BGB., d. h. eine klagbare, oder durch eine sittliche Pflicht oder Anstandsrücksicht geboten war (S. 231 f.). Dies Ergebnis ist endlich auch vom praktischen Standpunkt aus nur zu billigen, da es zu einer besseren Differenzierung nach den Tatumständen führt, als die entgegengesetzte Annahme: Ueberall, wo die Rückforderung verwerflich erscheint, ist sie ausgeschlossen, weil hier die Leistung notwendig einer sittlichen Pflicht oder mindestens einer Anstandsrücksicht entspricht. Oft genug ist aber nicht der Ausschluß, sondern gerade die Zulassung der Rückforderung mit der Billigkeit und den guten Sitten im Einklange. So, wenn ein zudringlicher Gläubiger von der über die Erbenhaftung nicht unterrichteten Witwe des bankerotten Erblassers die volle Zahlung einer hohen Nachlaßschuld, oder vom Eigentümer des mit einer wertlosen, nicht von ihm bestellten Grundschuld belasteten Gutes die Leistung des vollen Betrages erlangt; wenn ein Strandräuber vom Bergungsgut die wertvollen Stücke unterschlagen hat und für die übrigen, durch Wasser völlig verdorbenen vom Eigentümer noch einen Bergelohn herausschlägt. Wäre hier die condictio indebiti ausgeschlossen, so würde die Leistung höchstens bei nachweislicher arglistiger Täuschung oder Erpressung nach § 123 BGB. angefochten werden können — und auch das ist bestritten und alles andere als zweifellos[1]).

1) Dagegen Hölder, Komm. § 123, 1 b.

c) Die dritte legislatorische Möglichkeit ist die Anerkennung einer Realobligation neben dem Verwertungsrecht, einer klagbaren Verpflichtung des Eigentümers zur Leistung aus der Sache, d. i. ihren Nutzungen und ihrem Verkaufserlös; sie ist, wenn ich recht sehe, von Gierkes[1]) „dinglicher Schuld" nicht erheblich verschieden, nur daß Gierke das Schwergewicht auf das dingliche Recht, nicht auf die Obligation verlegt. Die Leistungspflicht des Eigentümers und das Zwangsrecht des Gläubigers sind hier kongruent; wie dieses auf Vollstreckung in die Sache beschränkt ist, so geht jene nur auf Leistung aus der Sache; sie ist in vollem Umfange klag- und vollstreckbar, also nicht nur indirekte Pflicht, sondern Verpflichtung im technischen Sinne des BGB. Dagegen ist die Leistung aus dem sonstigen Vermögen des Eigentümers nicht geschuldet, sondern nur in solutione; ist sie irrtümlich zum Zwecke der Erfüllung geschehen, so unterliegt sie der condictio indebiti, es müßte denn sein, daß sie auch durch sittliche oder Anstandspflicht geboten war, oder daß der gezahlte Betrag durch den Grundstückswert offenbar gedeckt und deshalb die Rückforderung schikanös ist. Das Ergebnis ist also hierin wieder von dem der beiden vorigen Auffassungen nicht verschieden.

Da übrigens das BGB. die sonst zweifelhaften Einzelfragen meist ausdrücklich entscheidet, ist überhaupt nicht zu leugnen, daß der Unterschied zwischen den drei Konstruktionen

1) 2 S. 853 ff. Zweifel, ob ich ihn recht verstehe, macht mir weniger seine Verwahrung gegen den Namen „Realobligation" S. 712 Anm. 40, als die Bemerkung S. 854, daß jedes Grundstückspfandrecht für den Eigentümer ein Zahlensollen und somit eine Schuld begründe, und die weitere S. 856, daß die dingliche Schuld keinerlei Verpflichtung der Person als solcher begründe; im Hinblick auf die ähnliche Aeußerung über Reallasten S. 712 glaube ich unter der „Verpflichtung der Person als solcher", S. 856, dasselbe verstehen zu müssen, wie unter der „persönlichen Verpflichtung", S. 712, nämlich eine Verpflichtung „mit unbeschränkter Haftung".

praktisch geringfügig ist und hauptsächlich die Fassung der Urteilsformel betrifft. Aber die Realobligation stellt vermöge ihrer Kongruenz mit der Zwangsgewalt des Gläubigers den Einklang mit dem allgemeinen Obligationsbegriff des BGB. her und gibt deshalb auf manche praktische Fragen unmittelbar eine Antwort, wo die beiden anderen Auffassungen die Analogie zu Hilfe nehmen müssen.

Letzteres gilt zwar meines Erachtens nicht von der Zulässigkeit der Aufrechnung wider die Grundschuld. Sie verlangt nicht die Annahme einer mit dieser verbundenen Verpflichtung zur Leistung, da sich aus mehreren Vorschriften des BGB. der Satz ableiten läßt, daß schon eine facultas alternativa des Schuldners zur Aufrechnung befugt (S. 233). Ich sehe, wie früher ausgeführt[1], in der regelmäßigen Aufrechnung den Erlaß der Gegenforderung zum Zwecke der Leistung an Erfüllungsstatt, also die Leistung eines aliud anstatt der in obligatione befindlichen, — entsprechend in der Aufrechnung statt des Gebrauchs der facultas alternativa die Leistung eines aliud anstatt der in solutione befindlichen Leistung.

1) Kompensation und Aufrechnung 136. Daß der Erlaß hier, abweichend von § 397 BGB., durch einseitige Erklärung geschieht, ist zwar singulär, aber durch Zweckmäßigkeitsrücksicht leicht zu erklären; das Gesetz hätte sonst, um den Gegner zur Annahme des Erlasses an Erfüllungsstatt zu zwingen, dem Aufrechnenden die Klage auf Annahme des Erlaßantrags zumuten und die Perfektion der Aufrechnung bis zur Rechtskraft des Urteils hinausschieben müssen. F. Leonhard, ArchBürgR. 21, 207 wendet ein, daß es bedenklich sei, die Pflicht zur Abgabe einer Erklärung dieser Abgabe selbst gleichzustellen, weil es dahin führen würde, auch Klagen auf Erteilung einer Abtretungserklärung für unnötig zu erklären. Keineswegs. Wie das Gesetz bald, wo die Forderungsübertragung dem Erwerber nur erwünscht sein kann, cessio legis, bald, wo dies minder gewiß ist, nur einen Anspruch auf Abtretung festsetzt, kann es auch in einem Fall, wo die Ablehnung der Annahme des Erlasses wegen der causa solvendi offenbar schikanös wäre, der einseitigen Erklärung schuldtilgende Wirkung beilegen, während es dafür in anderen, zweifelhafteren Fällen einen Vertrag verlangt.

Aber schon in einem von Zitelmann[1]) erörterten Fall des internationalen Privatrechts bietet die Theorie der Realobligation eine besser gesicherte Grundlage, als die des ausschließlichen Wertrechts: wenn das Personalstatut nur ein dingliches Verwertungsrecht, das Sachstatut nur eine persönliche, aber unbeschränkte Haftung des Eigentümers kennt, so ist nach dem Personalstatut eine persönliche, aber rechnerisch auf den Betrag des Verwertungsrechts beschränkte Haftung anzunehmen. Zitelmann kann diese gewiß richtige Entscheidung nach seiner Auffassung nur durch Analogie begründen; aus der Annahme einer dem dinglichen Verwertungsrecht zu Grunde liegenden Realobligation folgt sie unmittelbar.

Vor allem ist diese allein geeignet, die Möglichkeit eines Leistungsverzuges des Grundschuldners zu erklären. Vom Standpunkt des ausschließlichen Verwertungsrechts aus liegt hier, wie Zitelmann[2]) zugibt, nur eine dem Verzug analoge Erscheinung vor. Auch die Annahme einer klaglosen Schuld ergibt nicht, daß die vom BGB. für klagbare Verpflichtungen aufgestellten Grundsätze über die Verzugsvoraussetzungen hier unmittelbar Platz greifen. § 1146 BGB. aber schreibt nicht ihre entsprechende Anwendung vor, sondern er setzt ihre unmittelbare Anwendbarkeit voraus:

„Liegen dem Eigentümer gegenüber die Voraussetzungen vor, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt, so gebühren dem Gläubiger Verzugszinsen aus dem Grundstücke."

Wäre der Eigentümer als solcher gar nicht oder nur klaglos verpflichtet, so könnten ihm gegenüber die Verzugsvoraussetzungen gar nicht vorliegen, denn zu diesen gehört nach § 285 BGB.,

1) a. a. O. S. 585 f.
2) S. 567 Anm.

daß die freiwillige Leistung infolge eines von ihm nach allgemeinen Grundsätzen zu vertretenden Umstandes nicht erfolgt ist. Zu vertreten hat er aber weder die unterbliebene Zwangsvollstreckung in das Grundstück, die er selbst gar nicht herbeiführen kann, noch den Nichtgebrauch einer facultas alternativa, die nur sein Recht, nicht seine Pflicht ist, noch die Nichterfüllung einer klaglosen Verbindlichkeit, auf die sich die Verzugsgrundsätze des BGB. nicht beziehen. Wenn daher § 1146 unterstellt, daß die allgemeinen Verzugsvoraussetzungen dem Eigentümer gegenüber vorliegen können, so ist sein Ausgangspunkt offenbar eine klagbare Verpflichtung des letzteren, ohne die das nicht der Fall wäre (S. 202 f.). Es zeigt sich also deutlich die Tendenz des Gesetzes, auch hier den einheitlichen Obligationsbegriff zu Grunde zu legen, für den es die Verzugsvoraussetzungen im voraus geregelt hat. Dieser Tendenz wird die Konstruktion möglichst auch dann nachgeben müssen, wenn an und für sich nicht die Einheit des Begriffs, sondern bunte Mannigfaltigkeit der rechtlichen Erscheinungen das Erfreulichere wäre. Freilich ist es ganz richtig, daß gesetzliche Konstruktionen die Auslegung nicht binden. Doch ist einmal die Tendenz der Vereinheitlichung mehr als bloße Konstruktion, weil sie die Analogie entbehrlich machen und damit das praktische Ergebnis sicherer gestalten will. Und weiter ist es unberechtigt, der gesetzlichen Konstruktion nur zu Ehren älterer Rechtsauffassungen die der Theorie von Schuld und Haftung vorzuziehen, obwohl sie praktisch kein besseres Ergebnis liefert und entgegen der Tendenz des Gesetzes den zu Grunde gelegten einheitlichen Obligationsbegriff wieder in mehrere spaltet.

2. Gegen die Verpflichtung zur Leistung aus der Sache hat kürzlich Seib[1]) einen auf den ersten Blick schlagenden Ein-

---

1) ArchZivPrax. 97, 165 f. Anm.

wand erhoben, ihre anscheinende Divergenz gegenüber der Vollstreckung in das Grundstück; er meint, daß die Leistung ein vertretbares facere, und die ihr allein konforme Vollstreckung die des § 887 ZPO. sein müßte. Ich war früher in der gleichen Meinung befangen und habe deshalb zugegeben (S. 212 f.), daß nur diese Vollstreckung mit dem Anspruchsinhalt im Einklange, die in Wahrheit eintretende Zwangsversteigerung und -verwaltung des Grundstücks aber singulär sei. Bei genauerer Betrachtung erscheint dies Zugeständnis unberechtigt, denn die Verpflichtung zur Geldleistung aus dem Grundstück ist nicht auf facere, sondern auf dare gerichtet und divergiert demnach gar nicht von der Vollstreckung in das Grundstück. Zu der früheren gegenteiligen Ansicht wurde ich dadurch verleitet, daß ich zu einseitig die Grundschuld im Auge hatte und die Verpflichtungen zur Leistung aus Sondervermögen, z. B. Nachlässen, nicht genügend beachtete. Geht man einmal umgekehrt von diesen aus, so erhellt zunächst, daß die Verpflichtung zur Geldleistung aus dem Nachlaß immer dann, wenn ausreichende Barmittel vorhanden sind, nicht auf ein facere (Verwertung des Nachlasses), sondern nur auf ein dare daraus gerichtet ist. Aber auch wo die Barmittel fehlen, steht es nicht anders; der zu ihrer Beschaffung erforderliche Umsatz des Nachlasses in Geld ist nur unselbständige Vorbereitungshandlung für die allein geschuldete Geldzahlung, nicht eine dem Gläubiger geschuldete Arbeitsleistung. Daß es seiner oft bedarf, ist keine Besonderheit der gegenständlich beschränkten Verpflichtung; auch der unbeschränkt Verpflichtete, dem die flüssigen Mittel fehlen, ist dazu gezwungen, um erfüllen zu können. Wenn aber von ihm niemand annehmen wird, daß er dem Gläubiger außer der Geldleistung auch die dazu erforderliche vorherige Versilberung von Vermögensstücken schuldig sei, so ist zu dieser Annahme auch bei Verpflichtungen zur Leistung

aus Sondervermögen kein Grund gegeben, zumal auch bei ihnen jene Notwendigkeit nur vorliegen kann, nicht vorliegen muß. — Behält man dies im Auge, so ergibt sich, daß das Verhältnis auch bei Verpflichtungen zur Leistung aus Einzelsachen, z. B. bei Grundschulden, das gleiche ist: Wenn der Eigentümer soeben Mietzinsen oder den Kaufpreis für das Grundstück eingenommen und deshalb ausreichende Zahlungsmittel aus den Nutzungen oder dem Verkaufserlös in Händen hat, so schuldet er dem Gläubiger gewiß nur eine Geldleistung. Fehlen ihm jene Mittel, so ist er zwar, um erfüllen zu können, zu ihrer Beschaffung durch Nutzungsziehung oder Verwertung des Grundstücks gezwungen; aber daraus folgt so wenig, wie in den vorigen Fällen, daß auch diese Beschaffung Gegenstand seiner Verpflichtung sei; vielmehr schuldet er auch hier dem Gläubiger stets nur die Leistung der Geldsumme aus dem Grundstück, gleichviel ob er sie schon hat oder erst beschaffen muß[1]). Das ist praktisch nicht unwichtig, weil danach nicht nur die in §§ 592, 688, 794 Z. 5 ZPO. genannten Realobligationen aus Hypotheken, Grund- und Rentenschulden, sondern alle auf Geldleistung aus einer Sache gerichteten Verpflichtungen der Verfolgung im Urkundenprozeß und im Mahnverfahren, wie der Vollstreckung auf Grund von Urkunden fähig sind.

Damit ist nun freilich nicht ausgeschlossen, daß unter Umständen neben der ein reines dare bildenden Leistung aus der Sache oder dem Sondergut auch ein facere, nämlich deren Verwaltung und Verwertung geschuldet wird. Nur wo dies zutrifft, ist der Schuldner wegen fahrlässiger Zerstörung und Verschlechterung der Sache, aus der er leisten soll, verantwortlich, da die Verpflichtung zur Leistung aus der Sache für

1) Vergl. unten § 6, § 9 I 1 a γ.

sich allein keine Pflicht zu deren Erhaltung in sich schließt (S. 220). — Fälle einer konkurrierenden Verwaltungspflicht habe ich schon früher aufgezählt (S. 220 f.); es sind nur solche, und zwar nicht alle, wo Leistung aus einem Sondergut, nicht auch solche, wo Leistung aus einer Einzelsache geschuldet ist. Die Verwaltungspflicht wird vielleicht ebenso oft fehlen, wie begründet sein. Wo sie besteht, da ist sie durchaus selbständig, und der Schuldner kann aus ihr auch verklagt und verurteilt werden, ohne daß gleichzeitig auf Leistung aus dem Sondergut geklagt ist; dieses Urteil aber ist wirklich gemäß § 887 ZPO. zu vollstrecken.

3. a) Die Verurteilung zur Leistung aus der Sache oder dem Sondergut ist der allein formrichtige Vollstreckungstitel auf Grund der Realobligation. Zu verwerfen ist die in der seerechtlichen Praxis gebräuchliche Verurteilung zur Leistung des vollen Betrages bei Vermeidung der Vollstreckung in das Sondergut. Dernburg, der bei der Hypothek mit Recht nichts von ihr wissen mag und mit der urteilsmäßigen Feststellung der Vollstreckbarkeit in das Grundstück aushelfen will, hat sie neuerdings für die beschränkte Erbenhaftung im Fall des § 1990 BGB. verteidigt[1]), aber meines Erachtens nicht mit Recht. Denn von dem ganz singulären § 888, 2 ZPO. abgesehen, ist heute nicht nur jede Verurteilung zur Leistung vollstreckbar, sondern Verurteilung und Vollstreckung sind auch dem Umfange nach kongruent; jene Verurteilung aber würde weitergehen, als die sich anschließende Vollstreckung; sie ist wohl, wie auch Gierke[2]) meint, im Grunde nur eine inkorrekte Form der Verurteilung zur Leistung aus dem Sondergut.

---

1) 5 S. 461.
2) 2 S. 355 Anm. 15.

b) Gibt es aber auch einen Schuldtitel auf Grund des Verwertungsrechts, der zur Vollstreckung in die Sache führt?

Diese ist nach der ZPO. nur aus Titeln möglich, die einen Anspruch auf positive Leistung zur Grundlage haben. Aus Verwertungsrechten könnte aber höchstens ein Anspruch auf Duldung der Verwertung entspringen; ein solcher besteht meines Erachtens in Wahrheit nur bei relativen, nicht bei absoluten Verwertungsrechten (S. 206 f.), und er kann auch, wo er besteht, nur durch Strafandrohung gemäß § 890 ZPO., nicht durch Zwangsverwertung der Sache vollstreckt werden. Ein zu der letzteren führender Schuldtitel ist auf Grund von Verwertungsrechten unmöglich, weil diese keinen Anspruch auf positive Leistung erzeugen.

Er ist aber auch entbehrlich, wo die Verwertung durch Privatveräußerung geschehen kann, wie heute im Regelfall des Fahrnispfandrechts, — und weiter auch da, wo sie zwar durch Vollstreckung geschehen muß, wo aber vermöge einer zu Grunde liegenden Realobligation die Verurteilung zur Leistung aus der Sache stattfinden kann. Diese reicht, auch wo das Verwertungsrecht ein dingliches ist, vollständig aus; denn sie gibt dem Gläubiger die Macht zur Vollstreckung in die Sache, und zwar, da hier die Realobligation in rem scripta ist, gegenüber dem jeweiligen Eigentümer. Die dingliche Natur des Rechts zeigt sich nicht darin, daß der Gläubiger die Verwertung herbeiführen kann, sondern nur darin, daß er aus dem Erlöse Befriedigung vor jüngeren Pfandrechten und vor bloßen Forderungen erhält, und darin, daß er die Herausgabe beweglicher Sachen zur Vorbereitung ihrer Verwertung auch von dritten Besitzern verlangen kann. Beides aber könnte nicht mittelst eines die Verwertung herbeiführenden dinglichen Anspruchs durchgesetzt werden, sondern doch nur mittelst der Klage auf

bevorzugte Befriedigung aus dem Erlös, § 805, 1 ZPO., und des Anspruchs auf Herausgabe der Sache, § 1231 BGB., die beide von einem dinglichen Anspruch jenes Inhalts ebenso verschieden sind, wie von der Realobligation. Diese leistet daher genau denselben Dienst, den der unmögliche dingliche Anspruch auf positive Leistung zu versehen hätte. Eine praktisch fühlbare Lücke würde sich nur in Fällen ergeben, wo ein Verwertungsrecht ohne zu Grunde liegende Realobligation besteht, die Verwertung aber trotzdem durch Zwangsvollstreckung unter den in der ZPO. geregelten Voraussetzungen zu geschehen hätte. Hier wäre der zur Vollstreckung in die Sache erforderliche Schuldtitel nicht zu finden, weil der nach der ZPO. seine Grundlage bildende Anspruch auf positive Leistung nicht existiert. Es wäre aber auch verkehrt, die Vollstreckung auf Grund des Verwertungsrechts überhaupt den in der ZPO. bestimmten Voraussetzungen zu unterwerfen; denn ihre Herbeiführung wäre hier bloße Form der Verwertungshandlung des Gläubigers [1]), die Vollstreckung nur eine ihm bei dieser von den Gerichtsorganen zu leistende Hilfe, mit anderen Worten nur ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit [2]). Die Regelung ihrer Voraussetzungen hätte deshalb in der ZPO. gar nicht ihren richtigen Platz, denn diese verordnet außer in ihren Vorschriften über vollstreckbare Urkunden nur, wann die Zwangsvollstreckung den

1) Womit nicht gesagt wäre, daß mit dem Zuschlag ein Kaufvertrag zu stande käme; dagegen mit Recht Fischer und Schäfer, Komm. 28 f.

2) Sieht man mit Fischer, ZZP. 10, 416, Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe 31 f. u. a. in der Zwangsvollstreckung stets einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, so muß man statt dessen etwa formulieren: die Vollstreckung ist dort das jenseits des Urteils liegende, in freiwillige Gerichtsbarkeit auslaufende bestimmungsmäßige Endziel des zur streitigen Gerichtsbarkeit gehörigen Prozesses über die Leistungsklage (nach anderen auch über die Feststellung von Ansprüchen), hier die Form der Realisierung von Pfandrechten, die nicht auf der Grundlage eines Verfahrens in streitiger Gerichtsbarkeit entstanden sind; vergl. oben S. 88 f. Anm.

bestimmungsgemäßen Endzweck eines Verfahrens in ordentlicher (vergl. § 801 ZPO.) und streitiger Gerichtsbarkeit zu bilden hat. Es wäre deshalb nicht in der ZPO., sondern im BGB. oder einem seiner Nebengesetze auszusprechen gewesen, daß die Vollstreckung in die Sache auf Grund des Verwertungsrechts ohne einen Schuldtitel zu geschehen hätte, wenn auch vielleicht unter irgend einer anderen erschwerenden Voraussetzung.

Das Fehlen einer Bestimmung dieses Inhalts macht sich nach dem BGB. nur in § 1233, 2 fühlbar, der dem Fahrnispfandgläubiger anstatt der privaten Verwertung auch eine solche nach den Vorschriften über den Verkauf gepfändeter Sachen gestattet, und zwar nur dann, wenn er „für sein Recht zum Verkauf einen vollstreckbaren Titel gegen den Eigentümer erlangt hat". Das bezieht sich nicht etwa nur auf Pfandrechte mit Realobligationen. Von diesen sind vielmehr die gesetzlichen des Schiffahrtsrechts gar nicht betroffen, weil bei ihnen nach den einschlagenden Sondergesetzen (HGB. § 696 ꝛc., S. 209) die Verwertung durch Zwangsvollstreckung nicht nur, wie § 1233, 2 will, geschehen kann, sondern geschehen muß. Ich weiß (S. 209) nur zwei Fälle zu nennen, in denen eine durch Pfandrecht gesicherte Realobligation besteht, und demnach vielleicht § 1233, 2 anwendbar ist: in §§ 22 ff., 28 des Flößereigesetzes ist für das Pfandrecht zur Sicherung der gegenständlich beschränkten Ansprüche auf Ersatz wegen Beschädigung durch das Floß und auf Bergungs- und Hilfslohn nicht vorgeschrieben, daß die Verwertung durch Zwangsvollstreckung geschehen müsse; hier scheint deshalb für ein Wahlrecht des Gläubigers zwischen privatem Pfandverkauf, der freilich praktisch meist schwer ausführbar wäre, und Vollstreckung auf Grund der Realobligation Raum zu sein. Offenbar bezieht sich aber § 1233, 2 nicht nur hierauf und auf etwa sonst noch aufzuspürende entlegene Fälle

gleicher Art, sondern auf alle Fahrnispfandrechte mit alleiniger Ausnahme solcher, für die nach besonderen Vorschriften die Vollstreckung nicht nur fakultativer, sondern ausschließlicher Weg der Zwangsverwertung ist. — Gewaltsam und willkürlich wäre die Annahme, daß jedes Fahrnispfandrecht eine Realobligation in sich schließe. Sie liefert allerdings den sonst unauffindbaren, im § 1233, 2 seinen Worten nach vorausgesetzten Schuldtitel, aber sie stellt die tatsächlichen Verhältnisse auf den Kopf und degradiert die Realobligation zur schattenhaften Fiktion. Eine Verpflichtung zur Leistung aus der Sache darf natürlich nur angenommen werden, wo der Eigentümer nach der generellen Natur des Falls regelmäßig im stande sein wird, die Sache zur Beschaffung der erforderlichen Barmittel zu verwerten; das ist bei den Fahrnispfandrechten regelmäßig nicht der Fall, weil sie vorwiegend Faustpfandrechte sind, und weil der nicht besitzende Eigentümer einer beweglichen Sache so gut wie nie zu ihrer Verwertung in der Lage ist.

Infolgedessen dürfte nicht zu bestreiten sein, daß § 1233, 2 inkorrekt gefaßt ist: Der Gesetzgeber hat sich nicht klar gemacht, daß die Voraussetzungen der hier zugelassenen Vollstreckung solche der freiwilligen, nicht der streitigen Gerichtsbarkeit sind. Er hat deshalb den Namen des Schuldtitels fälschlich auf etwas angewandt, was kein solcher ist. Dieses Etwas aber kann nur so beschaffen sein, daß es die Verwechslung mit einem Schuldtitel nahelegt; es wird also ein Ausspruch des Gerichts sein; als solcher kommt wohl nur die urteilsmäßige Feststellung des Verwertungsrechts in Betracht (S. 208). Sie ist auch dann kein Schuldtitel, wenn man annimmt, daß Feststellungsurteile über Ansprüche vollstreckbar seien; denn das Verwertungsrecht ist kein Anspruch und erzeugt auch keinen zur Vollstreckung in die Sache führenden Anspruch. Die Feststellung des Verwertungsrechts bildet den Abschluß des freilich

auch zur streitigen Gerichtsbarkeit gehörigen Feststellungsprozesses, dessen prozeßordnungsmäßiger Zweck mit ihr erreicht ist. Daß sie aber außerdem die Voraussetzung eines Aktes der freiwilligen Gerichtsbarkeit, nämlich der Verwertung durch Vollstreckung sein kann, folgt nicht aus der ZPO., sondern nur aus § 1233, 2 BGB.

Nach ausdrücklicher Vorschrift gilt dieser auch für das kaufmännische Zurückhaltungsrecht (§ 371, 2 HGB.). Außerdem findet er entsprechende Anwendung im Fall des § 1003 BGB. bei beweglichen Sachen: der Fahrnisbesitzer ist befugt, sich wegen seiner Verwendungen auf die Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf aus dieser Ersatz zu verschaffen. Der Annahme einer Realobligation aber widersprechen hier die gleichen Gründe, wie regelmäßig beim Fahrnispfandrecht. Es wird daher ein ausschließliches relatives Verwertungsrecht des Gläubigers angenommen werden müssen (S. 206).

Bei den Grundstückspfandrechten und den gesetzlichen Pfandrechten des Schiffahrtsrechts ist die Vollstreckung in die Sache der allein zulässige Verwertungsmodus. Bei jenen aber geht schon aus der Anwendbarkeit der Verzugsgrundsätze hervor, daß ihnen eine Realobligation zu Grunde liegt; bei diesen kann unbedenklich das Gleiche angenommen werden, weil sie dem Gläubiger kein Besitzrecht gewähren und deshalb dem Schuldner die Möglichkeit einer Verwertung der Sache belassen. Entgegen meiner früheren Meinung (S. 206) finde ich heute eine Realobligation auch in dem Verwendungsanspruch des Grundstücksbesitzers gemäß § 1003 BGB., weil die tatsächliche Möglichkeit der Verwertung bei Grundstücken, anders als bei Fahrnis, nicht vom Besitz der Sache abhängt.

Auch in einem anderen Punkte muß ich meine frühere Meinung ändern: Ich habe (S. 211) angenommen, daß bei Grundstückspfandrechten neben der auf der Realobligation be-

ruhenden Verurteilung zur Leistung aus der Sache auch die urteilsmäßige Feststellung des dinglichen Verwertungsrechts ausreichende Grundlage der Vollstreckung sei. Danach würde sich auch hier neben der Vollstreckung aus einem wahren Schuldtitel, der auf der Realobligation beruht, eine zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehörige Vollstreckung ohne Schuldtitel auf Grund des dinglichen Rechts ergeben. Das halte ich nicht mehr aufrecht. Entsprechende Anwendung des dem Sinne nach höchst bestrittenen und fehlerhaft gefaßten § 1233, 2 ist schon an sich mißlich, aber auch deshalb unberechtigt, weil zwischen beiden Fällen kein ausreichender Parallelismus besteht: beim Fahrnispfandrecht hat die fakultative Zulassung der Vollstreckung ihre praktische Berechtigung darin, daß der normale Verwertungsmodus ein anderer ist. Bei den Grundstückspfandrechten wäre dieser nicht nur stets der gleiche, sondern es wären auch seine tatsächlichen und Beweisvoraussetzungen gleich schwer oder leicht, weil der Antrag auf Verurteilung zur Leistung aus der Sache durch die gleichen tatsächlichen Behauptungen zu begründen ist, wie der auf urteilsmäßige Feststellung des Verwertungsrechts. Ferner bestimmen § 1147 BGB. und die entsprechenden Vorschriften des Schiffahrtsrechts nur, daß die Verwertung durch Zwangsvollstreckung zu geschehen habe; sie schweigen dagegen von den formalen Voraussetzungen dieser Zwangsvollstreckung und wollen deren Regelung augenscheinlich der ZPO. überlassen; wie bei jeder Zwangsvollstreckung auf Grund der letzteren, so ist danach auch hier ein wahrer Schuldtitel vorausgesetzt, nämlich die Verurteilung aus der Realobligation. Natürlich wird aber niemand Bedenken tragen, auch den Antrag auf Verurteilung zur „Duldung der Zwangsvollstreckung“ als auf solche zur Leistung aus der Sache gerichtet auszulegen. Die unglückliche Form dieses Antrags ist wohl zuerst von der Praxis erfunden worden, die der Meinung

war, daß die hypothekarische Klage nicht auf die Realobligation, sondern auf das zu ihrem Schutze dienende dingliche Recht gestützt sei, und die in ihrer Verlegenheit um die Form des Urteilstenors dem der Klage vermeintlich zu Grunde liegenden dinglichen Recht dadurch gerecht zu werden glaubte, daß sie den Anspruch als auf möglichste Passivität gerichtet ansah. Da aber die Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung nur die Vollstreckung in die Sache herbeiführen soll und diese, wenn man sie ernst nimmt, gar nicht herbeiführen kann, so muß die Praxis dem Zweck vor der verfehlten Form des Antrags den Vorzug geben und diesen so auslegen, daß er seinen Zweck erreichen kann.

c) Um das praktische Ergebnis zusammenzufassen, so hat, abgesehen von zweifelhaften Einzelfällen, wie §§ 22 ff. des Flößereigesetzes, die Verwertung zu geschehen:

α) durch privaten Verkauf oder durch Vollstreckung auf Grund der Feststellung des Verkaufsrechts bei dem Fahrnispfandrecht ohne Realobligation, dem kaufmännischen Zurückhaltungsrecht und dem nur relativen Verwertungsrecht an Fahrnis gemäß § 1003 BGB.,

β) nur durch Vollstreckung auf Grund der Verurteilung zur Leistung aus der Sache bei allen Pfandrechten an Grundstücken und bei den schiffahrtsrechtlichen Fahrnispfandrechten, die sämtlich Realobligationen voraussetzen.

d) Theoretisch ergeben sich aus dem Vorigen, zur Sicherung bald von unbeschränkten Verpflichtungen, bald von Realobligationen, bei derelinquierten Grundstücken sogar ohne jede Verpflichtung:

α) absolute Verwertungsrechte, die nur Vollstreckung,

β) absolute und relative, die private Veräußerung oder Vollstreckung,

γ) relative (auf Grund von Vereinbarungen), die nur private Veräußerung zur Folge haben können.

δ) Gibt es endlich auch relative Verwertungsrechte, die nur zur Herbeiführung der Zwangsvollstreckung berechtigen? Diese Frage ist oben (S. 131) schon für Realobligationen, kraft deren aus Sondervermögen zu leisten ist, verneint worden. In Betracht kämen außerdem der Verwendungsanspruch des Grundstücksbesitzers gemäß § 1003 BGB. und die Haftung des Kommanditisten mit der Einlage. Die Frage ist aber auch hier zu verneinen: Ein absolutes Verwertungsrecht hat auch dann guten Sinn, wenn die Verwertung nur durch Zwangsvollstreckung auf Grund der Realobligation geschehen kann, ein relatives hingegen nur, wenn es zur privaten Verwertung berechtigt. Denn die selbständige Bedeutung des absoluten Verwertungsrechts liegt, wie sich ergab, nur darin, daß es einen Vorrang vor jüngeren absoluten oder vor bloß relativen Rechten gibt, und bei beweglichen Sachen außerdem darin, daß es auch gegen Dritte einen Anspruch auf Herausgabe zur Vorbereitung der privaten Verwertung erzeugt. Relative Verwertungsrechte aber, bei denen beides nicht der Fall ist, und auf Grund deren gleichwohl nur Zwangsvollstreckung herbeigeführt werden könnte, haben keine Existenzberechtigung. In Fällen dieser Art liegen vielmehr ausschließlich Realobligationen vor. Denn das relative Verwertungsrecht würde dem Berechtigten nicht mehr verschaffen, als er schon auf Grund der Realobligation hat. Die Vollstreckung müßte so oder so mit der Pfändung beweglicher oder der Beschlagnahme unbeweglicher Sachen beginnen; erst hierdurch würde er ein Vorrecht vor jüngeren Pfandgläubigern und folglich ein absolutes Verwertungsrecht erwerben [1]), vorher hätte er nur eine Anwart-

1) Diese Ansprüche fallen deshalb in die fünfte Klasse des § 10 ZVG. Auf Grund des zur vierten gehörigen schon bestehenden Pfandrechts erfolgt

schaft auf das letztere, die nicht schon ein relatives Verwertungsrecht ist [1]). Sie ist übrigens nicht einmal eine Besonderheit der gegenständlich beschränkten Verpflichtungen: auch der Gläubiger aus unbeschränkten Forderungen kann durch Pfändung ein absolutes Verwertungsrecht an jedem dem Schuldner gehörigen Vermögensobjekt erwerben. Wenn aber hieraus nicht folgt, daß die unbeschränkte Verpflichtung ein relatives Verwertungsrecht am ganzen Vermögen des Schuldners begründet, so darf ein solches auch nicht auf Grund der Realobligation an dem Sondergut oder der Einzelsache, aus der zu leisten ist, angenommen werden.

Nur die Regel trifft man, wenn man ähnlich der Unterscheidung Zitelmanns [2]) bei der Haftung einzelner Sachen dingliche oder obligatorische Verwertungsrechte mit oder ohne Realobligation, bei der von Vermögenskomplexen bloße Realobligationen annimmt. Von beiden Regeln gibt es Ausnahmen: Eine bloße Realobligation, gerichtet auf Leistung aus einer Einzelsache, ist der Verwendungsanspruch des Grundstücksbesitzers nach § 1003. Dingliche Verwertungsrechte an Vermögenskomplexen zur Sicherung von Realobligationen sind die gesetzlichen Pfandrechte am Schiffsvermögen [3]).

III. Es bleibt schließlich zu fragen, ob der herkömmliche, auch hier nicht vermiedene Name „beschränkte Haftung" im technischen Sinne der alten Haftung gebraucht ist, also besagen will, daß die Durchführung eines dinglichen oder obligatorischen

---

zwar gleichfalls die Beschlagnahme des Grundstücks zur Einleitung der Zwangsvollstreckung; aber sie hat nur die Wirkungen der §§ 20 ff. ZVG., insbesondere die eines Veräußerungsverbotes.

1) Zitelmann, a. a. O. 573.

2) a. a. O. S. 563 ff., 586 ff.

3) Auch Zitelmann, a. a. O. S. 573, 582 A. 275, 598 gibt diese Möglichkeit zu.

Verwertungsrechts oder die Vollstreckung auf Grund der Realobligation Ersatz wegen Nichterfüllung einer Schuld und nicht vielmehr Zwangserfüllung ist; die Schuld wäre bald, wie im Regelfall des Pfandrechts, eine gegenständlich unbeschränkte, bald eine Verpflichtung zur Leistung aus der Sache.

1) In dem meines Wissens einzigen modernen Fall eines ausschließlichen Verwertungsrechts, bei der Grundschuld am herrenlosen Grundstück, kann die Verwertung weder zur Zwangserfüllung, noch zum Ersatz wegen Nichterfüllung einer Schuld im Sinn des Leistensollens dienen; denn eine solche ist ohne einen Schuldner, der hier nicht existiert, unmöglich. Versteht man aber unter Schuld ein Bekommensollen des Gläubigers, so wird dies offenbar durch die Verwertung erfüllt, da er ja nur aus dem Grundstück bekommen soll und wirklich bekommt.

2) Ist die Vollstreckung bei unbeschränkten Verpflichtungen ein Mittel der Zwangserfüllung, so kann dies offenbar auch bei ausschließlichen Realobligationen nicht anders sein.

3) Unabweisbare Folgerung daraus ist aber auch, daß die Durchführung der zur Sicherung unbeschränkter oder gegenständlich beschränkter Forderungen bestimmten Verwertungsrechte regelmäßig nur Zwangserfüllung jener Forderungen sein kann. Es ist dabei gleichgültig, ob sie durch Zwangsvollstreckung oder durch private Sachnutzung und Veräußerung zu geschehen hat, und im ersteren Fall, ob man die Zwangsvollstreckung als einen Akt der streitigen Gerichtsbarkeit auf Grund der Realobligation oder als solchen der freiwilligen auf Grund des Verwertungsrechts auffaßt. Denn der rechtliche und wirtschaftliche Erfolg der Vollstreckung, der allein entscheiden kann, ob sie Erfüllung oder Ersatz wegen Nichterfüllung herbeiführt, bleibt durchaus

derselbe, wie man sich auch zu diesen Fragen stellt. Und der Erfolg der Zwangsvollstreckung, wie der privaten Verwertung durch den Gläubiger ist wenigstens in der Regel kein anderer, als der einer freiwilligen Erfüllung der unbeschränkten Verpflichtung oder der Realobligation. Nur in zwei Gruppen von Fällen kann dies fraglich scheinen:

a) Nach § 1204 BGB. soll das Fahrnispfandrecht, anders als nach § 1113 die Hypothek, auch zur Sicherung von Nichtgeldforderungen dienen können. Wie sich aber aus § 1228 a. E. ergibt, ist dies bloßer Schein, und es besteht hierin kein Unterschied von der Hypothek. Das angebliche Pfandrecht für eine Nichtgeldforderung ist in Wahrheit ein solches für eine Forderung, deren Eigenschaft als Geldforderung kraft Willenserklärung oder kraft Rechtens aufschiebend bedingt ist. Denn da die Pfandverwertung erst erfolgen kann, wenn sich die Forderung in eine solche auf Geld verwandelt hat, so ist vorher die Haftung nur eine bedingte: erlischt die Schuld durch zufälliges Unmöglichwerden der Leistung, so kann sich der Gläubiger niemals an das Pfand halten; es ist bei den bloßen Vorwirkungen geblieben, die ihm nur den Rang sichern und ihn zum Besitz berechtigen. — Auch ein Grundstückspfandrecht kann zur Sicherung von Nichtgeldforderungen bestellt werden für den Fall, daß sie sich in Geldforderungen verwandeln sollten; z. B. eine Sicherungshypothek für die Schadenersatzansprüche, die sich aus Nichtlieferung der in erster Linie versprochenen Arbeiten, aus Nichterfüllung der Amtspflicht des Vorstandes einer Versicherungsgesellschaft ergeben. Die Ersatzleistung ist zwar nur Eventualinhalt der durch Unmöglichwerden der primären Leistung veränderten, aber identisch gebliebenen unbedingten Schuld, nicht Gegenstand einer bedingten Schuld. Ist indessen eine Hypothek für die der Existenz nach aufschiebend bedingte, ja sogar für

die künftige, noch nicht einmal bedingt existierende Forderung möglich, so ergibt ein kaum zweifelhaftes argumentum a majore ad minus, daß sie auch für Forderungen bestellt werden kann, die nicht der Existenz, sondern nur der Eigenschaft als Geldforderungen nach aufschiebend bedingt sind [1]). Die dem Besitzrecht des Fahrnispfandgläubigers parallele Vorwirkung der Hypothek für aufschiebend bedingte oder künftige Forderungen besteht darin, daß die Hypothek bis zur Entscheidung über die Bedingung oder die Entstehung der Forderung zwar Eigentümergrundschuld ist (§ 1163 S. 1 BGB.) [2]), aber vom Eigentümer nicht geltend gemacht werden kann, weder durch Herbeiführung der Umschreibung auf seinen Namen, noch durch Abtretung [3]), noch durch Erhebung des darauf in der Zwangsversteigerung entfallenden Erlöses (§§ 119, 120 ZVG.). Diese Vorwirkung, aber nichts weiter, tritt auch bei der Hypothek für Forderungen ein, deren Eigenschaft als Geldforderungen aufschiebend bedingt ist.

Soweit nun die Vorwirkung überhaupt einen Zwangserfolg haben könnte, wäre es wieder nur der mittelbare, daß die Vorenthaltung des Besitzes am Faustpfand oder der Verfügungsmacht über die Eigentümergrundschuld auf den Eigentümer einen Druck zur freiwilligen Leistung ausübt; er wird die Forderung, die heute noch nicht auf Geldleistung geht, gern

1) Derselben Meinung Planck[3] § 1113, 5.

2) Ebenso Planck[3] § 1113, 5; cf. Hirsch, ArchBürgR. 25, 245 a. M. Dernburg 3[3], 648, Oberneck, Reichsgrundbuchrecht 1[3], 655 nach denen ungewiß ist, ob die Hypothek dem Gläubiger oder dem Eigentümer zusteht.

3) Bei der Höchstbetragshypothek kann je nach der Höhe der Forderung die Hypothek fortgesetzt ganz oder teilweise ihr Subjekt wechseln. An einer Verfügung über das ihm hier nach Beendung des Kreditverhältnisses oder gemäß § 1113, 2 nach Ausfall der Bedingung endgültig verbleibende Recht unter der Bedingung, daß es ihm endgültig verbleiben werde, der Eigentümer nicht gehindert; vergl. Oberneck a. a. O.

erfüllen, um ihre Verwandlung in eine Geldforderung und die zugleich damit eintretende unbedingte Haftung seiner Sache zu vermeiden. Dagegen findet vor dieser Verwandlung ein direkter Zwang ebensowenig statt, wie vor dem Eintritt der Bedingung oder der Entstehung der künftigen Forderung, weder als Erfüllungs-, noch als Ersatzzwang. Nach der Verwandlung ist allerdings die Zwangsbeitreibung einer Geldleistung zulässig, und diese wird in der Tat meist als Ersatz wegen Nichterfüllung der zunächst auf eine andere Leistung gerichteten Forderung geschuldet sein. Ein Haftungsverhältnis im technischen Sinne liegt also hier regelmäßig vor; aber es besteht nicht in der Zwangsbefugnis des Gläubigers auf Grund des Pfandrechts, sondern in der persönlichen Forderung, die ihren Inhalt verändert hat und zur Interesseforderung geworden ist; es ist also genau diejenige Haftung, die nach dem oben gewonnenen Ergebnis heute allein noch diesen Namen verdient, und zwar nicht Sachen-, sondern Personenhaftung. Die Zwangsrechte aus Hypothek und Pfandrecht sind dagegen ebensowenig Haftungsverhältnisse, wie die Vollstreckungsmacht des Gläubigers auf Grund der klagbaren und gegenständlich unbeschränkten Schadenersatzforderung; denn sie dienen ebenso, wie diese, zur Zwangserfüllung der Schadenersatzpflicht, nicht zum Ersatz wegen ihrer Nichterfüllung.

Die Reallast enthält gleichfalls eine durch dingliches Verwertungsrecht gesicherte Realobligation, neben der eine unbeschränkte Verpflichtung des Eigentümers zur Einzelleistung zwar stehen kann, aber nicht muß. Ist diese eine Geldleistung, so sind, wie auch Gierke[1]) zugibt, die praktischen Unterschiede zwischen Reallast und Rentenschuld geringfügig, und es wird sich darüber streiten lassen, ob jene nicht als bloße

1) 2 S. 712 A. 42; Cosack 2[4], 268.

Unterart des selbständigen Grundstückspfandrechts zu gelten hat. Ist sie dagegen auf Naturalleistung gerichtet, so zeigt sie noch Spuren davon, daß sie ursprünglich als Nutzungsrecht zu denken war und es, wie Gierke[1]) für alle Reallasten annimmt, vielleicht noch heute ist. Von den Reallasten, die nicht auf Geldleistung gerichtet sind, bleiben die wichtigsten dem Landesrecht unterworfen, wie die des Landwirtschaftsrechts und besonders das Altenteilsrecht (E. BGB. Art. 62, 114, 115, 96). Es wäre deshalb der Erwägung des Gesetzgebers wert gewesen[2]), ob nicht das Reichsrecht auf dem ihm verbleibenden beschränkten Gebiete die Neubestellung von Reallasten nur in der Weise hätte zulassen sollen, daß sie auf Geldleistung gerichtet wären, und im Fall der Bejahung, ob es sie nicht als selbständige Form der Grundstücksbelastung neben der Rentenschuld hätte fallen lassen können. Das historische Interesse ohne zwingende praktische Unterscheidungsgründe rechtfertigt ihre Beibehaltung schwerlich; die Tendenz der Ablösungsgesetzgebung ist aber den nicht auf bestimmte wiederkehrende Geldleistungen gerichteten Reallasten von langer Dauer feindlich. Da jedenfalls die Mehrzahl der lebensfähigen Reallasten dieser Gruppe auch in Zukunft dem Landesrecht unterliegt, so ist die Zulassung noch weiterer im BGB. praktisch nicht von großer Bedeutung; und sie ist vielleicht nur ein ohne Not aufgenommenes Bruchstück des alten Rechts, das im System der Grundstückspfandrechte des BGB. wie ein halb abgestorbener Fremdkörper erscheinen kann. Für die Stellungnahme des Gesetzes ist es deshalb nicht symptomatisch, wenn diese Nutzungsrechte im Gewande von Pfandrechten nicht ohne den Gegensatz von Schuld und Sachenhaftung zu erklären sind und damit aus dem Rahmen der Pfandrechte des BGB. hinaus-

1) a. a. O. 711 f.

2) Vergl. Prot. 3, 732 ff.

fallen. Dies ist in der Tat zuzugeben. Es wäre ja möglich gewesen, auch die Zwangserfüllung der nicht auf Geldleistung gerichteten Realobligationen zu gestatten: für Arbeitsleistungen gemäß § 887 ZPO. durch Beitreibung des zu ihrer anderweiten Beschaffung erforderlichen Geldbetrages; für Leistung von Früchten u. dergl. gemäß §§ 883 f. ZPO. durch Wegnahme der beim Eigentümer vorhandenen, aus dem Grundstück gezogenen oder aus den Mitteln des Grundstücks erworbenen Früchte, — was freilich wegen der Unerkennbarkeit dieses Ursprungs sehr unpraktisch wäre. Dann wäre der Gläubiger auf Beitreibung eines Ersatzes wegen Nichterfüllung nur angewiesen, wenn die geschuldeten Früchte beim Schuldner nicht vorgefunden werden; zur Vollstreckung wäre hier nach § 893, 2 ZPO. ein neues Urteil erforderlich, das nur durch Klage auf Grund eines ohnehin, z. B. nach § 283 BGB., jetzt auf Interesseleistung gerichteten Anspruchs zu erlangen wäre. — Nach § 1107 verbunden mit § 1147 BGB. geschieht aber bei Reallasten die Zwangsbeitreibung ohne Rücksicht darauf, ob die Einzelleistung Geld ist oder nicht, durch Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung des Grundstücks, und die verschafft dem Berechtigten stets nur einen Geldbetrag (§ 92 ZVG.). Es tritt ferner auch nicht schon mit der Beschlagnahme des Grundstücks oder einem anderen Akt des Vollstreckungsverfahrens, sondern nur im Fall des § 283 BGB. eine Verwandlung der Realobligation und der etwa neben ihr stehenden unbeschränkten Verpflichtung in eine Geldleistungspflicht ein, weshalb die Vollstreckung hier, anders als bei Fahrnis- und Grundstückspfandrechten „für Nichtgeldforderungen“, nicht immer, sondern nur unter den Voraussetzungen des § 283 zur Zwangserfüllung einer zur Geldleistungspflicht gewordenen Obligation dient. Im übrigen behält während des Zwangsvollstreckungsverfahrens die Realobligation, wie die etwa konkur-

rierende unbeschränkte Verpflichtung den ursprünglichen, nicht auf Geldleistung gerichteten Inhalt; es wird nur dem Eigentümer mit der Beschlagnahme die Befugnis zur freiwilligen Leistung aus dem Grundstück entzogen, was in ähnlicher Weise bei allen Realobligationen vorkommt (S. 197 ff., 203 f.); die Zwangsvollstreckung aber verschafft dem Gläubiger nicht Erfüllung der Forderung, die ja nicht auf Geld geht, sondern den Geldwert der geschuldeten Einzelleistung, also zwar nicht das Interesse, aber doch einen Wertersatz wegen Nichterfüllung. Das ist in der Tat noch ein Fall der alten Haftung.

b) Ein weiterer kommt in Frage, wo das Fahrnis- oder Grundstückspfandrecht zur Sicherung einer unbeschränkten Verpflichtung dient, aber der Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, bei der Realbürgschaft. Wenn der Eigentümer dem Gläubiger leistet, so geht die Forderung auf ihn über (§§ 1225, 1143, 1 BGB.), und zwar nach der herrschenden Meinung selbst dann, wenn er nicht regreßberechtigt ist. Die Protokolle[1]) rechtfertigen diese Abweichung vom Fall der Leistung eines Gesamtschuldners oder Mitbürgen (§§ 426, 2 S. 1, 774, 2, vergl. § 1225 S. 2) durch ihre „Einfachheit". Aber sie ist in Wahrheit eine Komplikation und zudem sachlich unberechtigt: denn der persönliche Schuldner würde die hiernach auf den nicht regreßberechtigten Eigentümer übergegangene Forderung stets durch Einrede zurückschlagen können[2]); das Fortbestehen einer durch Einrede entkräfteten Forderung ist aber nicht nur komplizierter, als ihr Erlöschen, sondern auch durch kein berechtigtes Interesse geboten; es stellt nur dem persönlichen Schuldner, der dem natürlichen Rechtsgefühl entsprechend die Schuld für erloschen hält, eine Falle und gibt damit dem Eigentümer die Möglichkeit, sich auf

1) 3 S. 608.

2) Vergl. Planck[3] § 1143, 2 c, 3 b β.

Kosten des anderen um den Forderungsbetrag zu bereichern. Deshalb läßt sich vielleicht eine, allenfalls durch Analogie des § 1225 S. 2 vbd. §§ 774, 2, 426, 2 BGB. unterstützte einschränkende Auslegung der §§ 1143, 1, 1225 S. 1 verteidigen, wonach der hier vorgeschriebene Uebergang der Forderung ein Rückgriffsrecht des Eigentümers voraussetzt; die gegenteilige Ansicht hat freilich die Gesetzesworte und die Materialien für sich. — Die Zwangsverwertung des beweglichen Pfandes hat nach § 1247 BGB. zur Folge, daß die dadurch gedeckte Forderung „als von dem Eigentümer berichtigt" gilt. Für Grundstückspfandrechte ist entsprechend das Gleiche anzunehmen, obwohl es das Gesetz nicht ausdrücklich sagt, sondern wohl deshalb, weil die Verwertung hier durch Zwangsvollstreckung geschehen muß, als selbstverständlich voraussetzt. — Hiernach entsprechen beide Fälle dem der Bürgschaft (§ 774 BGB.): Am genauesten der des Grundstückspfandrechts, weil hier die Verwertung der Sache zur Erfüllung zwar nicht der Hauptschuld, aber der Realobligation dient, die abgesehen von ihrer gegenständlichen Beschränkung mit der Verpflichtung des Bürgen inhaltlich übereinstimmt. Minder genau der des Fahrnispfandrechts, weil durch die Verwertung weder die Hauptschuld, noch eine von ihr verschiedene Verpflichtung des Eigentümers erfüllt wird; denn eine solche existiert nicht, auch nicht als gegenständlich beschränkte. Aber für den Eigentümer hat die Verwertung denselben Erfolg, wie für den Bürgen die Erfüllung seiner von der Hauptschuld unterschiedenen Verbindlichkeit, und im Erfolge für den Gläubiger sind Pfandverwertung und Erfüllung der Bürgenverpflichtung nicht nur untereinander gleich, sondern auch gleich einer Erfüllung der Hauptschuld. Deshalb kann bei Realbürgschaften von einer Haftung nur im gleichen Sinne gesprochen werden, wie bei der Personenbürgschaft: die freiwillige Leistung des Pfandeigentümers, wie des

Bürgen, und ebenso die Zwangsverwertung der Sache, wie die Vollstreckung gegen den Bürgen, ist nur deshalb keine Erfüllung der Hauptschuld, weil sie nach positiver Gesetzesvorschrift nicht zur Tilgung, sondern zum Uebergange der Hauptforderung führt. Eine Sachhaftung im älteren Sinn liegt aber auch hier nur beim Fahrnispfandrecht vor, da seine Verwertung weder eine Realobligation, noch die persönliche Schuld erfüllt, sondern nur wegen Nichterfüllung der letzteren Ersatz verschafft.

Entsprechendes ist auch bei relativen Verwertungsrechten möglich, wenn der Eigentümer nicht mit dem persönlichen Schuldner identisch ist. Doch sind solche Fälle im Gesetz nicht vorgesehen, und wo sie auf Vereinbarung beruhen, wird auch der regreßberechtigte Eigentümer nur selten ausbedingen, daß infolge der Sachverwertung die Forderung auf ihn übergehen soll; die Verwertung wird deshalb hier regelmäßig trotz einer Rückgriffsberechtigung nichts als Zwangserfüllung sein.

4) Auch eine Haftung im heutigen Sinn findet sich bei der Realobligation: sie ist auch hier nichts als klag- und vollstreckbare Ersatzverpflichtung wegen Vereitelung oder Verzögerung der Erfüllung des primären Anspruchs, aber ebenso wie der letztere gegenständlich beschränkt. Wo eine unbeschränkte Ersatzpflicht vorkommt, da beruht sie nicht auf der Realobligation, sondern auf der nur möglicherweise mit ihr verbundenen Verwaltungspflicht, oder auch auf Delikt, wie im Falle der Arglist und nach Beschlagnahme der Sache auch des fahrlässigen Verstoßes gegen das in § 137 StGB. enthaltene Schutzgesetz (§ 22).

Wenn aber die Realobligation als Verpflichtung mit beschränkter Haftung bezeichnet wird, so lebt hier die ältere Auffassung der Haftung nur in einem Namen fort, der nicht mehr zutrifft. Er soll besagen, daß die Zwangserfüllung

nicht nur der Ersatzpflicht, sondern auch der ursprünglichen Pflicht aus den „haftenden" Objekten zu geschehen hat. Das Wort „Haftung" ist also in dem untechnischen Sinne gebraucht, in dem es jede, auch die direkt zur Erfüllung dienende Zwangsgewalt des Gläubigers umfaßt; es wäre auch im älteren technischen Sinne nicht richtig angewandt, denn in diesem läge eine Verpflichtung mit beschränkter Haftung nur vor, wenn kraft der Schuld unbeschränkt aus dem ganzen Vermögen des Eigentümers geleistet werden sollte und nur das Zwangsrecht des Gläubigers gegenständlich beschränkt wäre; nur dann wäre eine (unbeschränkte) Verpflichtung oder Schuld mit beschränkter Haftung gegeben. In Wahrheit sind aber nicht nur die Schuld und ihr heutiges Annex, die Zwangsgewalt, untereinander, sondern beide sind auch mit der neuen Haftung, der Ersatzpflicht, bezüglich der Vermögensmittel, aus denen zu leisten ist und mit denen gehaftet wird, ebenso kongruent, wie bei unbeschränkten Verpflichtungen. — Eine Inkongruenz ergibt sich ferner auch weder bei unbeschränkten, noch bei beschränkten Verbindlichkeiten daraus, daß der Gläubiger neben dem Recht auf die Vollstreckung ein solches zur privaten Verwertung hat, wie beim Fahrnispfandrecht, oder daß sein Recht zur Herbeiführung der Vollstreckung oder zur privaten Verwertung mit dinglicher Kraft, d. h. mit Wirksamkeit gegen Dritte ausgestattet ist, wie bei jedem Pfandrecht. Denn die Wirkung der Verwertung des „haftenden" Objektes auf die Obligation ist hier nicht anders beschaffen als die einer erfolgreichen Zwangsvollstreckung, der kein Verwertungsrecht zur Seite steht.

So wenig wie die Bezeichnung „Verpflichtung mit beschränkter Haftung" ist der Name „persönliche Schuld" für die gegenständlich unbeschränkte Verpflichtung einwandsfrei. Persönlich kann auch die Realobligation genannt werden, weil

sie nicht die personifizierte Sache, sondern die Person des Eigentümers verpflichtet. Es läßt sich auch nicht sagen, daß nur die gegenständlich unbeschränkte Obligation die Person des Schuldners „als solche" verpflichtet; den Gegensatz zur Person als solchen bildet die Sache, nicht die Person des Eigentümers. — Auch der Gegensatz zum Verwertungsrecht des Gläubigers würde nur dann richtig als „persönliche Schuld" bezeichnet werden können, wenn diese entweder heute klagloses Leistensollen und ausschließlich durch Zugriffsrecht in die Sache sanktioniert wäre, — oder wenn sie notwendig ein Zugriffsrecht in das ganze Schuldnervermögen als „Zubehör" der Person in sich schlösse, das Verwertungsrecht des Gläubigers aber notwendig ein dingliches wäre. Die letztere Anschauung liegt zu Grunde, wenn das BGB. die persönliche Schuld in den Gegensatz zum Pfandrecht stellt. Sie trifft aber nicht immer zu: Es gibt Verpflichtungen der Person, kraft deren nicht ihr ganzes Vermögen dem Zugriff des Gläubigers unterliegt, und die dennoch nicht dinglich gesichert sind; so die gegenständlich beschränkte Verpflichtung des Erben. Es gibt ferner Verwertungsrechte des Gläubigers, die nicht dingliche sind.

Mit diesen Bemerkungen soll nicht die Forderung begründet werden, daß die eingebürgerten Namen „Verpflichtungen mit beschränkter Haftung" und „persönliche Schuld" im angegebenen Sinne auszumerzen und stets durch die, freilich kürzeren „gegenständlich beschränkte" und „unbeschränkte Verpflichtung" zu ersetzen wären; wenn das Gesetz deutlich zu verstehen gibt, daß die „beschränkte Haftung" des Erben eine gegenständlich beschränkte Verpflichtung, und die „persönliche Schuld" im Pfandrecht eine unbeschränkte ist, so bleibt das trotz der sprachlichen Ungenauigkeit unschädlich. Verwahrung müßte aber gegen Folgerungen eingelegt werden, die man aus dem sprachlich vielleicht genaueren anstatt aus dem

im Gesetz zu Grunde gelegten Sinne ziehen könnte, vor allem gegen den Schluß, daß unter Haftung hier etwas verstanden werde, was dem Gläubiger Ersatz wegen Nichterfüllung verschaffen soll.

Eine Sachhaftung in diesem Sinne, die nicht auf dem Umwege über die Zwangserfüllung einer beschränkten oder unbeschränkten Ersatzverpflichtung, sondern unmittelbar zum Ersatz wegen Nichterfüllung einer primären Schuld führt, gibt es nur noch bei den nicht auf Geldleistung gerichteten Reallasten und außerdem, freilich schon in abweichender Bedeutung, bei der Realbürgschaft durch Fahrnisverpfändung. Im übrigen sind Grundstücks- und Fahrnispfandrechte nicht Haftungen, gleichviel ob sie zur Sicherung von beschränkten oder unbeschränkten, von primären oder von Ersatzpflichten dienen. Die Pfandverwertung ist in diesen Regelfällen nicht Realisierung einer Haftung, weil sie zur Zwangserfüllung, nicht zum Ersatz wegen Nichterfüllung der gesicherten Verpflichtung führt. Sie ist es auch dann nicht, wenn die gesicherte Verpflichtung selbst eine Personenhaftung, d. h. eine beschränkte oder unbeschränkte Schadenersatzpflicht oder Bürgenverpflichtung ist; denn hier dient dem Ersatzzweck die pfandmäßig gesicherte Verpflichtung der Person, nicht die zu ihrer Erfüllung führende Pfandverwertung.

§ 5. Haftungsbegriff des BGB.?

Um das Ergebnis des Vorigen zusammenzufassen, so ist nach dem Recht des BGB.:

a) Schuld nur die klag- und (fast immer)[1]) vollstreckbare Leistungspflicht der Person;

b) Personenhaftung mit Ersatzzweck nur

1) Zweifelhaft wegen § 888, 2 ZPO. (S. 162 f.).

α) die auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung einer primären gerichtete sekundäre Schuld,

β) die Schuld des Bürgen;

c) Sachhaftung mit Ersatzzweck nur

α) die Gebundenheit des Grundstücks durch Verwertungsrecht bei den nicht auf Geld gerichteten Reallasten,

β) die der beweglichen Pfandsache durch Realbürgschaft.

Die Gebundenheit der Person des Hauptschuldners wie des Bürgen durch Klag- und Vollstreckungsmacht des Gläubigers, wie die der Sache durch Verwertungsrecht in allen übrigen Fällen sind dagegen keine Haftungen, weil sie nicht mehr Ersatz wegen Nichterfüllung, sondern Erfüllung der primären oder der sekundären, der Haupt- oder der Bürgenschuld vermitteln sollen.

1. Aber auch die noch dem Ersatzzweck der älteren Haftung dienenden obligatorischen und dinglichen Rechtsverhältnisse sind untereinander so verschieden, daß der sie etwa umfassende Oberbegriff einer Haftung im weiteren Sinne ein sehr verflüchtigter und zu gemeinsamen Folgerungen wenig brauchbarer wäre. Er entspräche zwar dem älteren Haftungsbegriff, hätte aber im Verhältnis zu diesem sehr an Bedeutung verloren, weil ihm von seinen früheren Bestandteilen nur noch vereinzelte und unter sich sehr verschiedene Bruchstücke verblieben sind, für deren Zusammenfassung durch eine technische Bezeichnung kaum ein Bedürfnis besteht.

Dagegen ist unter einen engeren Haftungsbegriff im Sinne des BGB. ausschließlich die Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung einer primären Schuld zu stellen. Sie wird im Gesetz oft Haftung genannt und ist das einzige Rechtsverhältnis dieses Namens, für das im BGB. allgemeine Vorschriften aufgestellt sind und meines Erachtens aufgestellt werden konnten. Sie darf deshalb als

der alleinige Haftungsbegriff des BGB. bezeichnet werden, obwohl sie den in modernen Gesetzen überhaupt nicht mit technischer Beschränkung angewandten Namen der Haftung mit vielen anderen, und zwar sehr verschiedenartigen teilen muß.

Isays Haftungsbegriff, der alle zur Erfüllung, wie zum Ersatz wegen Nichterfüllung führenden Zwangsmittel des Gläubigers umfaßt, ist meines Erachtens schon deshalb nicht zu allgemeinen Folgerungen verwendbar, weil er Dinge mit widersprechendem Zweck vereinigen will. Auch Bekker verhält sich skeptisch, wenn er S. 56 meint, daß „unmittelbar aus Isays Vortrag schwerlich ein konkreter Fall zu einer anderen Entscheidung gelangen" würde, „als die er auch sonst gefunden hätte".

Von Isays Folgerungen sind aber die meisten, und zwar alle im Ergebnis billigenswerten, von der Art, daß sie sich ungezwungen auch aus der Einheit des die klagbare primäre und Ersatzpflicht umfassenden Schuldverhältnisses, aus dem accessorischen Charakter der Bürgenschuld im Verhältnis zur Hauptschuld, des Verwertungsrechts im Verhältnis zur Realobligation oder zur „persönlichen Schuld" ergeben. Die übrigen sind auch aus anderen als konstruktiven Gründen entschieden zu bekämpfen.

So tadelt Isay S. 208 Anm. 1 die unter anderen von Staub vertretene Ansicht, daß auf Grund unverbindlicher Börsentermingeschäfte keine „Novation nach § 607, 2 BGB." möglich sei; sie entspreche dem Wortlaut, aber auch nur dem Wortlaut des Gesetzes. Ich sehe davon ab, daß meines Erachtens (S. 60 f.) die Vereinbarung des § 607, 2 keine Novation ist. Aber wäre dem auch anders, so würde die von Isay bekämpfte Ansicht doch dem Zweck des Gesetzes ebenso entsprechen, wie seinem Wortlaut. Denn § 762, 2 BGB. bestimmt ausdrücklich, daß auch eine „zum Zwecke der Erfüllung

α) die auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung einer primären gerichtete sekundäre Schuld,

β) die Schuld des Bürgen;

c) Sachhaftung mit Ersatzzweck nur

α) die Gebundenheit des Grundstücks durch Verwertungsrecht bei den nicht auf Geld gerichteten Reallasten,

β) die der beweglichen Pfandsache durch Realbürgschaft.

Die Gebundenheit der Person des Hauptschuldners wie des Bürgen durch Klag- und Vollstreckungsmacht des Gläubigers, wie die der Sache durch Verwertungsrecht in allen übrigen Fällen sind dagegen keine Haftungen, weil sie nicht mehr Ersatz wegen Nichterfüllung, sondern Erfüllung der primären oder der sekundären, der Haupt- oder der Bürgenschuld vermitteln sollen.

1. Aber auch die noch dem Ersatzzweck der älteren Haftung dienenden obligatorischen und dinglichen Rechtsverhältnisse sind untereinander so verschieden, daß der sie etwa umfassende Oberbegriff einer Haftung im weiteren Sinne ein sehr verflüchtigter und zu gemeinsamen Folgerungen wenig brauchbarer wäre. Er entspräche zwar dem älteren Haftungsbegriff, hätte aber im Verhältnis zu diesem sehr an Bedeutung verloren, weil ihm von seinen früheren Bestandteilen nur noch vereinzelte und unter sich sehr verschiedene Bruchstücke verblieben sind, für deren Zusammenfassung durch eine technische Bezeichnung kaum ein Bedürfnis besteht.

Dagegen ist unter einen engeren Haftungsbegriff im Sinne des BGB. ausschließlich die Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung einer primären Schuld zu stellen. Sie wird im Gesetz oft Haftung genannt und ist das einzige Rechtsverhältnis dieses Namens, für das im BGB. allgemeine Vorschriften aufgestellt sind und meines Erachtens aufgestellt werden konnten. Sie darf deshalb als

der alleinige Haftungsbegriff des BGB. bezeichnet werden, obwohl sie den in modernen Gesetzen überhaupt nicht mit technischer Beschränkung angewandten Namen der Haftung mit vielen anderen, und zwar sehr verschiedenartigen teilen muß.

Isays Haftungsbegriff, der alle zur Erfüllung, wie zum Ersatz wegen Nichterfüllung führenden Zwangsmittel des Gläubigers umfaßt, ist meines Erachtens schon deshalb nicht zu allgemeinen Folgerungen verwendbar, weil er Dinge mit widersprechendem Zweck vereinigen will. Auch Bekker verhält sich skeptisch, wenn er S. 56 meint, daß „unmittelbar aus Isays Vortrag schwerlich ein konkreter Fall zu einer anderen Entscheidung gelangen“ würde, „als die er auch sonst gefunden hätte“.

Von Isays Folgerungen sind aber die meisten, und zwar alle im Ergebnis billigenswerten, von der Art, daß sie sich ungezwungen auch aus der Einheit des die klagbare primäre und Ersatzpflicht umfassenden Schuldverhältnisses, aus dem accessorischen Charakter der Bürgenschuld im Verhältnis zur Hauptschuld, des Verwertungsrechts im Verhältnis zur Realobligation oder zur „persönlichen Schuld“ ergeben. Die übrigen sind auch aus anderen als konstruktiven Gründen entschieden zu bekämpfen.

So tadelt Isay S. 208 Anm. 1 die unter anderen von Staub vertretene Ansicht, daß auf Grund unverbindlicher Börsentermingeschäfte keine „Novation nach § 607, 2 BGB.“ möglich sei; sie entspreche dem Wortlaut, aber auch nur dem Wortlaut des Gesetzes. Ich sehe davon ab, daß meines Erachtens (S. 60 f.) die Vereinbarung des § 607, 2 keine Novation ist. Aber wäre dem auch anders, so würde die von Isay bekämpfte Ansicht doch dem Zweck des Gesetzes ebenso entsprechen, wie seinem Wortlaut. Denn § 762, 2 BGB. bestimmt ausdrücklich, daß auch eine „zum Zwecke der Erfüllung

einer Spiel- oder einer Wettschuld" eingegangene Verbindlichkeit, z. B. aus Anerkenntnis, keine Verbindlichkeit sei, ohne zu unterscheiden, ob sie accessorisch neben der Spielschuld oder novatorisch an ihrer Stelle eingegangen ist. Ebenso erklärt § 66, 3 des Börsengesetzes Sicherheitsbestellungen und Schuldanerkenntnisse auf Grund unverbindlicher Börsentermingeschäfte für unwirksam. Der offenkundige Zweck dieser Bestimmungen ist, die Unverbindlichkeit der ursprünglichen Vereinbarung auch auf die neben ihr oder an ihrer Stelle unter den Parteien eingegangenen Schuldverträge zu erstrecken. Es liegt daher gewiß nicht im Sinne des Gesetzes, den Spielern in § 607, 2 eine Hintertür zu öffnen und entgegen dem Zweck jener Vorschriften doch die Eingehung einer bindenden Verpflichtung „zum Zweck der Erfüllung" zu gestatten, wenn sie nur so vorsichtig sind, die Vereinbarung nicht Schuldanerkenntnis, sondern Darlehn zu nennen.

Die willkürlichste und verwerflichste Folgerung zieht Isay für die Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung. Er behauptet S. 207 allen Ernstes, daß eine Vermögensentäußerung des Bürgen nicht anfechtbar sei, weil das Anfechtungsgesetz nur von Benachteiligungshandlungen dessen rede, der „auch der Schuldner" ist, nicht dessen, der „nur haftet, nicht auch schuldet". Aber durch die anfechtbare Rechtshandlung werden doch dem Gläubiger Objekte entzogen, die er sonst durch Vollstreckung in Anspruch nehmen könnte, und nur die Vollstreckung in die veräußerten Vermögensstücke soll durch die Anfechtung wieder ermöglicht werden; diese richtet sich also gerade gegen Rechtshandlungen, die das, was Isay Haftung nennt, vereiteln, nicht die Schuld, die ja nach seiner Meinung unerzwingbar sein soll und durch eine zur Zahlungsunfähigkeit führende Vermögensentäußerung des Schuldners, der ohnehin nicht leisten will, nicht schwächer wird, als sie schon vorher ist. Die Anfechtung bezweckt also Wiederherstellung der Haftung in Isays Sinn.

Folgerichtig müßte sie auf Grund einer „Schuld ohne Haftung" unmöglich, dagegen auf Grund einer „Haftung ohne Schuld" möglich sein. Ersteres ist in der Tat der Fall, weil sie voraussetzt, daß der anfechtende Gläubiger einen Vollstreckungstitel erlangt hat, § 2 des AnfG. Woraus sollte aber folgen, daß auch eine „Haftung ohne Schuld" nicht zur Anfechtung berechtigt? Isay meint S. 207 f.: die Bestimmungen des Anfechtungsgesetzes hätten solche Fälle „offensichtlich" nicht im Auge gehabt, und sie reichten dafür nicht aus, „weil sie als Zeitpunkt, von dem an sie rechnen, die Fälligkeit der Schuld bestimmen, einen Zeitpunkt, der mit der Haftung als solcher gar nichts zu tun hat". Aber der Zeitpunkt, von dem an gerechnet wird, ist in § 3 Z. 2—4 des AnfG. der der Anfechtung, d. i. der Zustellung der Anfechtungsklage, § 9, oder des Vorbringens der Einrede, § 5, nicht der Fälligkeit. Allerdings hat die Anfechtung nach § 2 Fälligkeit der Forderung [1]) zur Voraussetzung, aber der Zeitpunkt, von dem an gerechnet wird, liegt gewöhnlich nach, im Fall des § 4 gelegentlich auch vor dem der Fälligkeit. — Daß die letztere mit der Haftung „als solcher" nichts zu tun hat, scheint besagen zu sollen, daß der Haftende schon vor der Fälligkeit, bei der Bürgschaft für künftige Forderungen schon vor der Entstehung der Hauptschuld gebunden ist. Das steht bei dem, der „nur Schuldner, nicht Haftender" aus einer bedingten klaglosen, d. h. indirekten Schuld ist, genau so, da er zur Vermeidung der ihm bei Nichterfüllung der Schuld drohenden Nachteile jede die künftige Erfüllung vereitelnde Handlung zu unterlassen hat.

1) Die Ironie des Zufalls will, daß das Gesetz hier nicht von Fälligkeit der „Schuld", sondern der „Forderung" spricht; Forderung bezeichnet aber im germanischen Recht die Klage (P. Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis 218 ff.), deren Zuständigkeit nach Isay zur Haftung gehört. Hier versagt Isays Begründung also auch dann, wenn man dem Gesetz den älteren germanischen Wortsinn unterschiebt.

Sieht man aber von dieser der Schuld wie der Haftung gemeinsamen bloßen Vorwirkung ab, so hat auch die Fälligkeit mit der einen, wie der anderen gleich viel zu tun; bevor sie eingetreten ist, soll der Schuldner nicht leisten, der Gläubiger darf regelmäßig nicht klagen und niemals vollstrecken lassen. — Ich wüßte deshalb mit dem besten Willen nicht, was für Isays Behauptung anzuführen wäre, es müßte denn das Wort „Schuldner" in § 1 des Anfechtungsgesetzes sein, das man im germanistischen Sinne zu verstehen hätte. Dieses Wort müßte danach eine geradezu magische Kraft haben und in jedermanns Munde immer wieder den mittelalterlichen Sinn annehmen, mag er sich dagegen verwahren oder nicht, und mag das Ergebnis so unbrauchbar sein, wie nur möglich. Es wäre gleichgültig, daß dieser Sinn beim Erlaß des Anfechtungsgesetzes in früherer Fassung fast vergessen war und sein allgemeineres Bekanntwerden dem erst zwei Jahre später erschienenen „Nordgermanischen Obligationenrecht" v. Amiras verdankt, — daß nach dem damaligen Sprachgebrauch der Gesetze [1]), wie der Wissenschaft [2]) der Bürge Schuldner genannt wurde. Gleichgültig auch, daß die neue Fassung des Anfechtungsgesetzes den Einklang mit dem BGB. herstellen soll, dessen Redaktoren der Meinung waren, der Bürge sei zur

1) Im preuß. LR. I 14 § 200 heißt es: er verbinde sich „zur Erfüllung der Obliegenheiten des Verpflichteten"; in § 254, daß er, wenn der Vertrag nur wegen einer persönlichen Eigenschaft des Hauptschuldners ungültig sei, „als Hauptschuldner haftet". Nach dem österreich. BGB. § 1346 ist der Bürge „Nachschuldner", nach § 1357 „haftet als ungeteilter Mitschuldner für die ganze Schuld", wer sich als Bürge und Zahler verpflichtet; nach § 1367 kann der Gläubiger gegen den Erben des Bürgen „die verfallene Schuld" einvermahnen. Das sächs. BGB., § 1458, bestimmt, daß Mitbürgen „als Gesamtschuldner haften".

2) Sie betrachtete meist unbedenklich den Bürgen als Korreal- oder wenigstens Solidarschuldner neben dem Hauptschuldner; vergl. Zitate bei Binder Korrealobligationen 131 Anm. 2.

Erfüllung der Hauptschuld verpflichtet (§ 766 S. 2), nach dessen Sprachgebrauch Mitbürgen „als Gesamtschuldner haften" (§ 769), die Verbürgung „als Selbstschuldner" nur Verzicht auf die Einrede der Vorausklage bedeutet (§ 773 Z. 1), gegen den Bürgen ein Urteil „auf Erfüllung", also doch einer Schuld, ergehen kann (§ 775 Z. 4).

2. Die heute gelegentlich hervortretende Neigung, den Worten Schuld und Haftung in modernen Gesetzen den Sinn unterzulegen, den sie oder entsprechende Worte in älteren Quellen gehabt haben[1]), verlangt noch ein kurzes Verweilen beim Sprachgebrauch des BGB. und der deutschen Kodifikationen des bürgerlichen Rechts, die bei der Herstellung seiner Entwürfe zu Grunde gelegen haben; sie gestatten jedenfalls einen zuverlässigeren Schluß, als zeitlich ferner liegende Quellen. In ihnen, wie im BGB., sind die Worte Schuld und Haftung keine Gegensätze.

a) Haftung bezeichnet oft nichts weiter als die klagbare Schuld; es wird angewandt, wo weder nur von der Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung, noch von einer Zwangsmacht des Gläubigers ohne kongruentes Leistensollen des Schuldners die Rede ist. Das geschieht namentlich ziemlich gleichmäßig bei der Gesamtschuld und der Verpflichtung des Erben. Irre ich nicht, so liegt hier dem Sprachgebrauch die naive, aber juristisch unrichtige Vorstellung zu Grunde, daß der Gesamtschuldner nur zu dem im inneren Verhältnis auf ihn entfallenden Anteil eine eigene, und daß der Erbe in der Nachlaßverpflichtung überhaupt keine eigene Schuld erfülle.

Nach dem preuß. LR. I 5 § 424 ist von Korrealschuldnern „anzunehmen, daß einer für alle und alle für einen dem Berechtigten für die Erfüllung haften". Das be-

1) Dagegen auch P. Puntschart, Grundschuldbegriff S. 11 Anm. 1, S. 23.

sagt weder, daß jeder für Verschulden des anderen ersatzpflichtig sei, was nach § 438 schwerlich zutrifft, noch daß gegen jeden aus der Verbindlichkeit des anderen geklagt werden könne, sondern nur, daß gegen jeden eine klagbare Verpflichtung auf das Ganze begründet sei. Den gleichen Sinn hat § 891 des österreich. BGB.: wenn sich mehrere Korrealschuldner „einer für alle und alle für einen ausdrücklich verbinden, so haftet jede einzelne Person für das Ganze". § 1316 des sächs. BGB. besagt: mehrere Auftraggeber „haften dem Beauftragten als Gesamtschuldner, für Schadenersatz wegen Verschuldung aber nur diejenigen, welchen die Verschuldung zur Last fällt". Hier wird deutlich eine Haftung, die nichts als Verpflichtung zur ursprünglich geschuldeten Leistung ist, einer Haftung, die Schadenersatzpflicht wegen Verschuldens ist, gegenübergestellt. — Das deutsche BGB. spricht zwar in seiner Definition der Gesamtschuld, § 421, nur von einer gemeinsamen Verpflichtung, nicht von einer Haftung. Aber nur das Bestehen einer solchen Gesamtverpflichtung will es in § 427 aussprechen: „Verpflichten sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner"; das bedeutet nicht, daß jeder für Verschulden des anderen ersatzpflichtig sei, was nach § 425, 2 nicht zutrifft, aber natürlich auch nicht, daß jeder auf das Ganze in Anspruch genommen werden könne, ohne das Ganze zu schulden.

§ 820 des österreich. BGB. bestimmt: Mehrere Erben, die ohne die Wohltat des Inventars angetreten haben, „haften allen Erbschaftsgläubigern und Legataren alle für einen und einer für alle. Unter sich aber sind sie nach Verhältnis ihrer Erbteile beizutragen schuldig"; das sächs. BGB. in § 2324: „Mehrere Erben haften, soweit nicht unter ihnen ein Gesamtschuldverhältnis begründet ist, nach Ver-

hältnis der Größe ihrer Erbteile den Erbschaftsgläubigern"; in § 2325: sie „haften für die Erbschaftsschulden nach Verhältnis ihrer durch den Vergleich festgestellten Erbteile". Das preuß. LR. hat hier den Sprachgebrauch der Verpflichtung, nicht der Haftung, obwohl es mit dem den letzteren anwendenden § 820 des österreich. BGB. sachlich übereinstimmt; I 17 § 127: „Zu den die Erbschaft betreffenden Schulden und Lasten sind die Erben gegen die Erbschaftsgläubiger gemeinsam verpflichtet"; § 128: „Unter sich aber sind sie dazu nach Verhältnis ihrer Erbteile beizutragen schuldig". — Das deutsche BGB. sagt in § 2058: „Die Erben haften für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner", und trotzdem in § 2059: „Bis zur Teilung des Nachlasses kann jeder Miterbe die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Vermögen, das er außer seinem Anteil an dem Nachlasse hat, verweigern."

Das preuß. LR. wieder sagt in I 9 § 418: „Wer eine Erbschaft ohne Vorbehalt angenommen hat, muß für alle daran zu machenden Forderungen haften", dagegen in § 452: „Auch die Bezahlung der Erbschaftsgläubiger muß der Benefizialerbe nur in der Ordnung leisten, welche die Gesetze nach Beschaffenheit ihrer Forderungen vorschreiben." Das österreich. BGB. in § 801: „Die unbedingte Erbserklärung hat zur Folge, daß der Erbe allen Gläubigern des Erblassers für ihre Forderungen und allen Legataren für ihre Vermächtnisse haften muß, wenngleich die Verlassenschaft nicht hinreichet." Das sächs. BGB. in § 2328: „Der Erbe haftet für die Erbschaftsschulden, soweit die Erbschaft . . reicht", dagegen in § 2326: „Wird jemand als Erbe auf Erfüllung einer Verbindlichkeit in Anspruch genommen" ꝛc. Das deutsche BGB. in § 1967: „Der Erbe haftet für die Nachlaßverbindlichkeiten", in § 1994: nach Ablauf der Inventarfrist

„haftet der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt"; dagegen in § 2014: er kann „die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit . . verweigern".

Nach dem Sprachgebrauch moderner Gesetze ist also nicht nur, was unbestritten ist und keines Beleges bedarf, regelmäßig in dem Ausspruch, daß jemand verpflichtet sei oder schulde, auch der weitere, daß diese Verpflichtung durch Klage und Vollstreckung gegen ihn durchgesetzt werden könne, mitenthalten, und der Satz, daß er wegen Nichterfüllung hafte, d. h. ersatzpflichtig sei, für alle klagbaren Verpflichtungen an allgemeiner Stelle ausgesprochen, sondern es besagt auch oft die Bemerkung, daß jemand für eine Leistung hafte, ohne den Zusatz, daß er sie schuldig sei, nichts weiter, als daß eine klagbare Verpflichtung zur Leistung besteht.

b) Auch wo die Personenhaftung heute den Zweck hat, dem Gläubiger Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verschaffen, also bei der klag- und vollstreckbaren Schadenersatzpflicht, hindert ferner nichts, von einer Schuld oder, wie das BGB. lieber sagt, einer Verbindlichkeit zu reden; denn die Haftung ist hier nichts als eine auf Ersatzleistung gerichtete Schuld. So ist nach dem preuß. LR. I 5 § 279 der aus Vertrag Verpflichtete für Versehen „zu haften schuldig", nach I 7 § 138 ein Delinquent außer dem positiven Schaden auch den entzogenen Gewinn „zu vergüten schuldig". Nach dem österreich. BGB. § 1306 ist der Urheber eines unverschuldeten Schadens regelmäßig diesen „zu ersetzen nicht schuldig"; die gemeinsamen Urheber eines durch unerlaubte Handlung zugefügten Schadens „haften" nach dem sächs. BGB. §§ 1495 f. und dem deutschen BGB. § 840 „als Gesamtschuldner".

Daß die Haftung aus Erfüllungsverschulden oder aus Delikten sehr oft auch als „Verpflichtung" oder „Verbindlichkeit" bezeichnet wird, bedarf keines Beleges. Nach heutigem

Sprachgebrauch aber sind diese Bezeichnungen offenbar synonym mit der im Gesetz selteneren „Schuld". Es ist deshalb gleichbedeutend, wenn das BGB. sagt: der Schuldner habe den durch einen Umstand entstandenen Schaden zu ersetzen (§§ 280, 1, 286), er sei zum Schadenersatz verpflichtet (§§ 249, 255), — oder: der Gläubiger könne Schadenersatz wegen eines Umstandes verlangen (§§ 250 S. 2, 280, 2, 283 S. 2), — oder: der Schuldner hafte wegen des Umstandes (§§ 276, 2, 277), er habe ihn zu vertreten[1]) (§§ 278, 279, 300, 1), dafür einzustehen (§ 277), er sei dafür verantwortlich[1]) (§§ 31, 830, 834). Den ersten Wendungen liegt die Terminologie der Schuld oder Verpflichtung, der zweiten die des Anspruchs oder der Forderung, der dritten die der Haftung zu Grunde; alle drei aber besagen nur, daß der Schuldner kraft einer klag- und vollstreckbaren Verpflichtung Schadenersatz zu leisten habe.

§ 6. Voraussetzungen der Haftung gleich Ersatzpflicht wegen Nichterfüllung; objektiver Tatbestand.

I. Daß die Schuld Bekommensollen des Gläubigers, die Leistung Herstellung eines Erfolges für den Gläubiger ist, deutet vielfach schon die Rechtssprache an. So bezeichnen die Römer ihren Gegenstand in der stipulatio gern als centum dari, insulam fieri, also im Passiv, von der Seite des Erfolges, nicht im Aktiv, von der Seite einer Tätigkeit des Schuldners, dare oder facere, aus betrachtet. So wird in den älteren germanischen Rechtsquellen auch der Gläubiger als Schuldner bezeichnet.

Nicht minder bezeichnet das BGB. als Gegenstand der Leistung bei den einzelnen Schuldverhältnissen stets die Her-

1) Vergl. aber unten § 6 IV 2 b α.

stellung eines Erfolges[1]; beim Verkauf die Besitzübertragung und Eigentumsverschaffung (§ 433, 1), beim Werkvertrag die Herstellung des Werkes (§ 631), beim Dienstvertrag die Leistung des versprochenen Dienstes (§ 611), die natürlich schon für sich allein, ohne die beim Werkvertrag notwendige Richtung auf ein bestimmtes produktives Ergebnis, einen Erfolg hat (S. 176 ff., unten § 9 I 1 b).

Daß dieser Sprachgebrauch beabsichtigt und die Schuld auch im Sinne des BGB. ein Bekommensollen ist, folgt mit Gewißheit daraus, daß nach § 295 möglicherweise zur „Bewirkung der Leistung" auch eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, ja daß nach § 243 der Schuldner sogar alles „seinerseits zur Leistung Erforderliche" getan haben, und daß trotzdem die Schuld fortbestehen, unerfüllt sein und die Leistung im Stadium des Versuches stecken geblieben sein kann. Wäre die Schuld nur ein Leistensollen, so müßte sie hier erloschen, weil erfüllt sein; aber sie ist keins von beidem. Weil sie ein Bekommensollen ist, kann der Schuldner seiner Pflicht genügt, seine Schuldigkeit getan und doch seine Verpflichtung, seine Schuld nicht erfüllt haben, sondern verpflichtet bleiben, mit dem Leistungsversuch noch einmal von vorn anzufangen.

1. a) Das Leistensollen kann daher nicht das Wesen der direkten Schuld ausmachen; es kann nur ebenso wie die Zwangsmacht des Gläubigers in ihrem Dienste stehen. Die Leistungshandlung ist ebenso wie die Zwangsvollstreckung ein nicht einmal immer ausreichendes Mittel zur Erfüllung der Schuld, aber sie ist nicht deren Erfüllung selbst.

b) Bei indirekten Schulden gibt es zwar keine Zwangserfüllung; aber auch bei ihnen ist Bekommen- und Leistensollen zu unterscheiden. Auch ihre Erfüllung, z. B. die

1) Vergl. Hölder, IheringsJ. 46 S. 265, 286 f.

Nachweisung einer Verkaufsgelegenheit durch den Mäkler, hat einen Leistungserfolg für den Berechtigten, der möglicherweise durch Tätigkeit des Verpflichteten allein gar nicht herbeigeführt werden kann; so, wenn der Berechtigte dem Mäkler die für seine Bemühungen notwendigen Unterlagen nicht aushändigt, wenn er den Nachweis der Gelegenheit nicht entgegennehmen will.

2. Zur Erfüllung der direkten, wie der indirekten Verpflichtung im Sinne des Bekommensollens ist also Eintritt des dem Gläubiger zukommenden Leistungserfolges notwendig.

Nur dieser Erfolg ist das Aequivalent der Verpflichtung zur Gegenleistung[1]), die auch bei indirekten Schulden vorkommt, z. B. in Gestalt des Mäklerlohnes.

Nur wo der Erfolg für den Gläubiger teilweise oder schrittweise verwirklicht werden kann, ist Erfüllung nach Teilen oder Bestandteilen möglich; die Lehre von teilbaren und zusammengesetzten Leistungen bezieht sich nur auf den Leistungserfolg. Die Leistung von 50 ist Teilerfüllung des Anspruchs auf 100, der Bau der Fundamente ist Bestandteil der Erfüllung des Anspruchs auf Hausbau. Dagegen ist die Anschaffung der Kaufsache durch den Verkäufer nicht Bestandteil der Erfüllung seiner Verpflichtung, sondern bloße Vorbereitung der Erfüllung, weil sie für den Käufer auch nicht zum Teil den geschuldeten Leistungserfolg herbeiführt. Wenn man sie daher als Gegenstand einer Verpflichtung des Verkäufers bezeichnet, so hat man nicht das Bekommensollen, sondern das Leistensollen im Auge.

1) Vergl. fr. 5 pr. naut. caup. 4, 9, Gai. 5 ad ed. prov.: Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiatur, stabularius ut permittat jumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur. nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur.

3. Von der Pflicht zur Vorbereitung der Erfüllung, deren Befolgung noch keine Teilerfüllung ist, sind aber direkte und indirekte Nebenverpflichtungen wohl zu unterscheiden, deren Erfüllung einen besonderen, dem Gläubiger gebührenden Leistungserfolg hat.

a) Eine direkte, klagbare Forderung dieser Art ist die des Vermieters, der nicht Eigentümer der Mietsache ist, auf Unterlassung der Untervermietung, dagegen trotz der im Gesetz zugelassenen unglücklichen Klage auf Unterlassung nicht die angeblich auch dem Eigentümer zustehende gleichen Inhalts, oder die ihm gegen den Nießbraucher angeblich gewährte Forderung auf Unterlassung des Raubbaus; diese bezeichnen nicht Verpflichtungen des Mieters oder des Nießbrauchers, sondern nur die Schranke ihrer Berechtigung, deren Ueberschreitung unter das allgemeine Verbotsgesetz zum Schutz des Eigentums fällt und den Mieter und Nießbraucher ebenso wie jeden Dritten nicht wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit, sondern wegen Delikts verantwortlich macht (S. 87 f., 108 f.).

b) Indirekte, meist durch Androhung einer klagbaren Schadenersatzpflicht sanktionierte Nebenverpflichtungen mit selbständigem Leistungserfolg sind die häufigen Anzeigepflichten; auch Schweigpflichten werden bisweilen hierher gehören, aber meist klagbare Nebenverpflichtungen sein.

4. Die oft genannte angebliche Verpflichtung des Schuldners zur Nichtvereitelung der Erfüllung ist weder eine direkte, noch eine indirekte Verpflichtung (S. 86), sondern nur Pflicht zu einer die Erfüllung vorbereitenden Unterlassung; denn mit ihrer Befolgung erhält der Gläubiger nichts, nicht einmal einen Bestandteil des ihm gebührenden Leistungserfolges. Nur bei aufschiebend bedingten und betagten Ansprüchen haben solche Pflichten wohl die Bedeutung indirekter Verpflichtungen, deren Erfüllung dem Gläubiger den

ihm schon jetzt gebührenden Erfolg einer Sicherung[1]) des noch bedingten oder betagten Anspruchs verschafft: Wer unter aufschiebender Bedingung oder für den kommenden Monatsersten verkauft hat, ist indirekt verpflichtet, die Kaufsache nicht zu zerstören oder unwiderbringlich zu veräußern; wer unter den gleichen Nebenbestimmungen die Duldung des Weges über sein Grundstück schuldet, ist indirekt verpflichtet, es nicht durch Verlegung eines Wasserlaufes unbetretbar zu machen. — Daß die zur Erzwingung solcher Unterlassungen dienende einstweilige Verfügung nicht zur Erfüllung der indirekten, sondern nur zur Sicherung der erst mit der Bedingung eintretenden direkten Verpflichtung bestimmt ist, wurde schon bemerkt. Diese indirekten Verpflichtungen haben übrigens, wo sie zur Sicherung aufschiebend bedingter Forderungen dienen, die Besonderheit, daß sie durch Androhung nicht eines gewissen, sondern eines ungewissen Nachteils für ihre Verletzung sanktioniert sind: fällt die Bedingung aus, so bleibt die Zuwiderhandlung ungeahndet; nur mit ihrem Eintritt wird der Schuldner ersatzpflichtig[2]).

II. Die Worte Schuld und Leistung sind aber leider doppelsinnig. Schuld bezeichnet auch das Leistensollen, die Pflicht des Schuldners zu Handlungen und Unterlassungen, deren Befolgung, wie gezeigt, oft zur Schulderfüllung im Sinn der Verwirklichung des geschuldeten Erfolges nicht ausreicht. Leistung bezeichnet auch das Leistungsverhalten des Schuldners, d. h. die Gesamtheit der zur freiwilligen Herbeiführung des Leistungserfolges von seiner Seite notwendigen Handlungen und Unterlassungen.

Nur vom Leistungserfolge spricht das Gesetz, wo es die einzelnen Schuldverhältnisse definiert; nur von ihm ist die

1) Vergl. Wendt, Das bedingte Forderungsrecht 24 f., oben S. 103 f., 118 f.

2) Vergl. Siber, KrVJSchr. 1905, 583 f.

Rede im Klagantrag und Urteilstenor bei Leistungsklagen. Denn diese bezwecken, den Leistungserfolg eventuell ohne Zutun des Schuldners zu ermöglichen; diesem Zwecke könnten sie nicht gerecht werden, wenn sie nur das dem Schuldner obliegende Leistungsverhalten, nicht auch den mit oder ohne Zutun des Schuldners zu verwirklichenden Leistungserfolg feststellen wollten. — Wo im Gesetz, wie im Klagantrag und Urteilstenor von der Leistung im Sinne eines Erfolges die Rede ist, erscheint sie meist sehr einfach, weil sie nur bei Teilbarkeit oder Zusammengesetztheit des Leistungserfolges der Zergliederung in Teile oder Bestandteile fähig ist. So läßt sich die dem Verkäufer obliegende Leistung nur in Besitzübertragung und Eigentumsverschaffung zerlegen und die letztere nur bisweilen noch in Verschaffung verschiedener Bruchteile des Eigentums zerteilen.

Das Leistungsverhalten kommt im Gesetz zur Sprache, wo dem Ausbleiben des Leistungserfolges Wirkungen beigelegt werden, in der Klag- und Urteilsbegründung, wenn Schadenersatz wegen Nichterfüllung gefordert wird. Hier erscheint die Leistung oft höchst kompliziert, da sie jedes vorbereitende positive oder negative Verhalten des Schuldners umfaßt; das Leistensollen des Verkäufers wird etwa zergliedert in Pflichten zur Bestellung der Kaufsache bei einem Dritten, zu ihrer Abforderung vom Entleiher oder Verwahrer, zum Transport an den Leistungsort, zu ihrer Nichtzerstörung, Nichtbeschädigung, Nichtveräußerung an Dritte u. dergl. mehr.

Alle diese angeblichen Einzelpflichten[1]) haben, wie gesagt, mit der Schuld im Sinne des Bekommensollens überhaupt nichts zu schaffen, und sie sind weder direkte noch auch nur indirekte Verpflichtungen.

---

1) Vergl. Lehmann, ArchCivPrax. 96, S. 66 ff., 84.

Wenn die Rechtssprache von ihnen redet, so erwehrt sie sich damit nur des verhängnisvollen Doppelsinnes von Schuld und Leistung. Wollte sie nur von der Pflicht des Verkäufers zur Besitzübertragung und Eigentumsverschaffung handeln, so wäre nicht zu erkennen, ob sie diese im Sinne des Bekommen- oder des Leistensollens meint; wenn sie von Pflichten zu vorbereitenden Handlungen spricht, so ist dagegen klar, daß sie an das Leistensollen und das Leistungsverhalten denkt. Dieser Sprachgebrauch ist unbedenklich und zur Vermeidung des Doppelsinnes kaum zu umgehen, wenn man dabei zweierlei im Auge behält:

einmal, daß die Befolgung aller dieser Pflichten nicht immer zur Schulderfüllung gleich Verwirklichung des Leistungserfolges führt, und daß dieser auch ohne ihre Befolgung, durch Vollstreckung, herbeigeführt werden kann;

weiter, daß auch ihre Nichtbefolgung regelmäßig[1]) keine selbständige Bedeutung hat[2]), sondern nur dann erheblich wird, wenn sie für das Ausbleiben des Leistungserfolges ursächlich ist: wenn der Verkäufer die Kaufsache beschädigt oder an einen Dritten veräußert hat, so ist er gleichwohl nicht verantwortlich, falls er sie bis zum Eintritt der Fälligkeit wiederhergestellt oder zurückerworben hat; wenn er die von auswärts zu beziehende Ware nicht rechtzeitig bestellt hat, so ist er nicht verantwortlich, wenn ihm zufällig ihr Erwerb am Lieferungstag und -ort selbst noch gelingt.

Für die Bedeutung jener Einzelpflichten ist nun symptomatisch, daß von ihnen niemals gesprochen zu werden pflegt, wenn die Schuld erfüllt, d. h. der Leistungserfolg eingetreten, um so häufiger aber, wenn dieser ausgeblieben ist. Das hat seinen guten Grund. Denn die Nichtbefolgung des

1) Abgesehen davon, daß sie einen Arrestgrund u. dergl. bilden kann.
2) Vergl. E. Müller, Recht, 1902, 543 f.

Leistensollens, das sich aus ihnen zusammensetzt, bildet den objektiven Tatbestand der Haftung, der Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung der Schuld.

Eine solche kann nur in zwei Gruppen von Fällen in Betracht kommen:

Entweder die Schulderfüllung ist nicht mehr möglich oder wird doch als nicht mehr möglich behandelt (§§ 283, 325, 326 BGB.); dann kann statt der Schulderfüllung nur noch Schadenersatz wegen ihrer Vereitelung, im Gesetz speziell Schadenersatz „wegen Nichterfüllung" genannt, verlangt werden.

Oder die Schulderfüllung ist noch möglich; dann kann neben ihr nur Schadenersatz wegen ihrer Verzögerung gefordert werden.

Demgemäß kennt das BGB. in § 280 eine Schadenersatzpflicht wegen Unmöglichkeit der Erfüllung, in § 286 eine solche wegen Verzuges; eine dritte Gruppe von Schadenersatzpflichten wegen Nichterfüllung ist weder im Gesetz anerkannt, noch auch nur logisch zu denken.

Bei Verpflichtungen zu Dauerleistungen, besonders zu Unterlassungen scheidet aber auch eine Ersatzpflicht wegen Verzuges aus, und es kommt nur eine solche wegen Unmöglichwerdens der Leistung in Betracht.

Dies ist besonders von Staub in seiner wichtigen Schrift über „positive Vertragsverletzungen"[1]) bestritten worden, nach der bei Unterlassungspflichten weder Unmöglichkeit der Leistung noch Verzug in Betracht kommen und die Schadenersatzpflicht nur analog den Verzugsgrundsätzen auf eine sog. „positive Vertragsverletzung" zurückzuführen sein soll. So ver-

1) Früher Guttentagsche Festgabe für den XXVI. Juristentag 31 ff. Literatur bei Lehmann a. a. O. 60 Anm. 1.

dienstlich aber Staubs Anregungen und zum Teil seine polemischen Bemerkungen sind, so ist doch seine eigene Auffassung in den meisten Punkten und vor allem hinsichtlich der Unterlassungsverpflichtungen entschieden zu bekämpfen.

Wenn sich Staub gegen die Ansicht wendet, daß Nichtleistung zur rechten Zeit Teilunmöglichkeit zur Folge habe, so ist das — wie schon bemerkt[1]) — für vorübergehende Leistungen völlig zutreffend, für Dauerleistungen, insbesondere für Unterlassungen nicht: Ist Leistung einer Sache am 1. Oktober geschuldet, so ist die am 1. November nachgeholte Leistung kein Teil, auch kein Bestandteil der für den 1. Oktober geschuldeten Sachleistung. Dagegen ist Unterlassung, Dienstleistung, Gebrauchsbelassung vom 1. bis zum 15. Oktober Teil der entsprechenden für den ganzen Oktober geschuldeten Dauerleistungen, nicht anders als die Rentenleistungen vom 1. Januar bis zum 1. Juli ein Teil der für das ganze Jahr geschuldeten Rentenleistungen sind. Die Verpflichtung zu Dauerleistungen ist ebenso wie die zu regelmäßig wiederkehrenden Terminsleistungen teilbar; sie wird fortgesetzt durch unzählige Einzelleistungen erfüllt, deren jede nur für einen bestimmten Augenblick, weder für früher noch für später geschuldet ist und deshalb mit einer Zuwiderhandlung in dem Augenblick, wo sie allein bewirkt werden konnte, unmöglich wird. Sie wird freilich nicht, wie man logisch ungenau zu sagen pflegt, „durch" die Zuwiderhandlung unmöglich, sondern durch Ablauf der für sie bestimmten Zeit, und zwar nicht nur, wenn zuwidergehandelt, sondern auch wenn sie erfüllt worden ist; daß man die erfüllte Verpflichtung nicht als unmöglich gewordene zu bezeichnen pflegt, beruht darauf, daß die Unmöglichkeit neben der sie notwendig herbeiführenden Erfüllung keine besonderen Rechts-

1) Oben S. 95 f.

wirkungen hat, daß sie darum als solche nur erheblich werden kann, wenn nicht erfüllt ist. Genauer ist deshalb zu sagen: die ausschließlich für einen bestimmten Zeitpunkt der Vergangenheit geschuldete Unterlassung ist durch Verlauf dieses Zeitpunktes unmöglich geworden und infolge der Zuwiderhandlung in diesem Zeitpunkt unerfüllt geblieben. Dies steht natürlich auch dann nicht anders, wenn die außerdem für die Zeit vor der Zuwiderhandlung geschuldete Unterlassung erfolgt ist und die für die Zeit nach ihr geschuldete noch erfolgen kann; denn wie alle teilbaren Leistungen zu jedem beliebigen Teil, so können insbesondere alle Dauerleistungen für jeden beliebigen Zeitpunkt unmöglich werden, ohne daß dadurch die Möglichkeit für die Vergangenheit oder für die Zukunft berührt wird. Die Dauerleistung verhält sich zur Gesamtheit von Terminsleistungen wie die krumme zur gebrochenen Linie: bei Terminsleistungen liegt zwischen den Verfalltagen der vorigen und der nächsten Leistung ein Zeitraum, innerhalb dessen keine neue Leistung fällig wird; bei Dauerleistungen wird dagegen ohne Aufhören mit jedem Augenblick eine neue Leistung fällig, die nur in diesem Augenblick oder niemals bewirkt werden kann; jede neue Leistung schließt unmittelbar an die gleichartige vorige an; deshalb ist keine Unterbrechung wahrzunehmen; die unzähligen, sich ohne Aufenthalt ablösenden Einzelleistungen verschwimmen für das Auge zu einer einzigen, die für sie bestimmten, ebenso ununterbrochen aufeinander folgenden Augenblickstermine zu einem einheitlichen Zeitraum. Weil sie aber trotzdem nur gleichartige Einzelleistungen oder wenigstens gleichartige und selbständige Teile der als Einheit aufgefaßten Dauerleistung sind, und weil jeder von ihnen seinen eigenen Teilerfolg für den Gläubiger hat, so kann auch jeder für sich allein unmöglich werden; das geschieht, da jeder ausschließlich für einen bestimmten Zeitpunkt geschuldet ist, mit dem Zeitablauf. — Bei vorübergehenden

positiven Leistungen kann dieser die gleiche Wirkung haben; regelmäßig hat er sie freilich nicht, weil die für den 1. Oktober geschuldete, erst am 15. Oktober bewirkte Sachleistung gleichwohl Leistung der geschuldeten Sache ist. Bei Dauerleistungen ist dagegen das Zeitmoment stets wesentlich, weil Gewährung des Mietgebrauchs oder Unterlassung störender Geräusche am 15. Oktober eine andere Leistung ist, als die vielleicht außerdem geschuldeten gleichartigen Leistungen vorher und nachher. Wenn mir ein Konditor für drei Abendgesellschaften vom 12. bis 14. Oktober je eine Eistorte zu liefern hat, und sein Gehülfe die mir am 13. im letzten Augenblick überbrachte Torte vor meiner Haustür in den Schmutz wirft, so ist die für den 13. geschuldete Leistung unmöglich geworden, obwohl die für den 12. erfolgt und die für den 14. möglich geblieben ist. Genau so ist mit der Zuwiderhandlung an einem Zeitpunkt des 15. Oktober die Unterlassung zu diesem Zeitpunkt unmöglich geworden, obwohl die außerdem geschuldeten Unterlassungen für die Vergangenheit erfolgt und für die Zukunft möglich geblieben sind; denn auch sie sind ganz andere Leistungen oder Leistungsteile, als die Unterlassung zur Zeit der Zuwiderhandlung. — Daß die aus Fixgeschäft ausschließlich für einen bestimmten Tag geschuldete positive Leistung unmöglich wird, wenn sie nicht an diesem Tage erfolgt, bestreitet wohl niemand. Es ist aber schlechterdings nicht einzusehen, warum die gleiche Auffassung bei Unterlassungspflichten mit Staub als verkünstelt zu bezeichnen sein sollte.

Staub meint S. 9, daß § 280 „offenbar" nur positive Leistungen im Auge habe. Aber daß der Leser dieses Paragraphen zunächst an die häufigeren positiven Leistungen denken wird, beweist natürlich nicht, daß der Paragraph nicht auch auf die selteneren negativen zu beziehen wäre. Und daß bei den letzteren ebenso wie ihr Inhalt und ihre Erfüllung auch

ihr Unmöglichwerden ein anderes, vielleicht auf den ersten Blick fremdes Gesicht zeigen muß, liegt in der Natur der Sache und rechtfertigt nicht den Vorwurf der Verkünstelung; es ist nicht alles verkünstelt, was nicht alltäglich ist. Auch die §§ 323 ff. BGB., auf die sich Staub weiter beruft, sind für Unterlassungspflichten nicht augenscheinlich unanwendbar; sie sind dafür nur deshalb gegenstandslos, weil die von ihnen allein betroffenen gegenseitigen Verträge schwerlich in der Gestalt vorkommen werden, daß die dem Gegenanspruch äquivalente Hauptverpflichtung eines Teils eine Unterlassungspflicht ist; sollte dies aber doch einmal der Fall sein, so stände der Anwendung der §§ 323 ff. an sich[1]) nichts entgegen. — Jedenfalls beruht die Unwahrscheinlichkeit ihrer Anwendung auf Unterlassungspflichten nur darauf, daß gegenseitige Verträge solchen Inhaltes nicht vorkommen werden, nicht darauf, daß es im Sinne des Gesetzes und namentlich seiner sonstigen, nicht auf gegenseitige Verträge beschränkten Vorschriften keine Unmöglichkeit der geschuldeten Unterlassung gäbe.

Daß die ausschließlich für einen Zeitpunkt der Vergangenheit geschuldete, auch negative Leistung mit seinem fruchtlosen Ablauf unmöglich geworden ist, erscheint nicht als Ergebnis einer verkünstelten Auffassung, sondern im Gegenteil als so selbstverständlich, daß man den Vorwurf der Trivialität zu fürchten hat, wenn man es überhaupt ausspricht. Darauf beruht es wohl, daß im Sprachgebrauch des Lebens hier meist nicht von Unmöglichwerden der Leistung die Rede ist, und ebendarauf wohl auch, daß Staub an die Stelle der Unmöglich-

1) Die wohl fruchtlose Mühe, solche unwahrscheinlichen Fälle weiter auszudenken, muß denen überlassen bleiben, die die nur für diese Fälle in Betracht kommende Unanwendbarkeit der §§ 323 ff. behaupten und daraus Folgerungen für andere Fälle ziehen wollen. Gegen Staub auch Lehmann a. a. O. 69.

keit, heute noch die ausschließlich für gestern geschuldete Leistung zu bewirken, etwas minder Selbstverständliches setzen möchte, — ein Bemühen, bei dem er aber mehrfach in die von ihm den Gegnern vorgeworfenen Denkfehler gerät. Ein solcher liegt einmal, wie schon gezeigt, vor, wenn er S. 11 f. die Frage nach der Unmöglichkeit einer für die Zeit der Zuwiderhandlung geschuldeten Unterlassung danach beantworten will, ob zugleich auch die für die Folgezeit geschuldete Unterlassung unmöglich geworden ist. Dies kann der Fall sein, z. B. wenn der Verpflichtung, ein Familienbild 30 Jahre lang nicht zu veräußern, im 15. Jahre zuwidergehandelt wird; es ist meist nicht der Fall, z. B. nicht, wenn gegen die Verpflichtung, auf einem Grundstück 30 Jahre lang kein Grammophon zu dulden, im 15. Jahre verstoßen wird; es ist aber für die allein zu beantwortende Frage nach der Unmöglichkeit der für die Zeit der Zuwiderhandlung geschuldeten Unterlassung völlig belanglos, weil diese eine andere Leistung ist, als die Unterlassung für die Zukunft. — Unrichtig ist es ferner, wenn Staub S. 42 behauptet, daß durch die Zuwiderhandlung nicht die Unterlassung, sondern die Rückgängigmachung des Geschehenen unmöglich geworden sei; diese ist niemals möglich gewesen; unmöglich geworden ist nur die Unterlassung im Augenblick der Zuwiderhandlung. — Endlich liegt auch ein Denkfehler zu Grunde, wenn er S. 37, 46 meint: der Beurteilung, ob Unmöglichkeit vorliege oder nicht, sei die Zeit vor der Pflichtverletzung zu Grunde zu legen. Dies trifft nur zu, wenn ursprüngliche Unmöglichkeit, § 306 BGB., in Frage steht. Bei der hier allein in Betracht kommenden nachfolgenden Unmöglichkeit handelt es sich aber doch, wie § 280 BGB. sagt, darum, ob die Leistung eben durch die Pflichtverletzung unmöglich geworden ist, oder genauer darum, ob die für den Zeitpunkt der Pflichtverletzung geschuldete Unterlassung durch

den Zeitablauf unmöglich geworden und infolge der Pflichtverletzung in jenem Zeitpunkt unerfüllt geblieben ist. Um dies bejahen zu können, muß aber zweierlei feststehen: einmal, daß die Erfüllung vor der Pflichtverletzung möglich war, und weiter, daß sie nach derselben unmöglich ist; ersteres bestimmt sich allerdings nach der Zeit vorher, letzteres aber natürlich nur nach der Gegenwart.

Vorübergehende Unterlassung ist überhaupt nicht zu denken; was man so nennt, ist entweder Unterlassung während eines verhältnismäßig kurzen, oder Unterlassung während eines seinem Beginne nach ungewissen Zeitraumes. Beiden Gruppen aber ist das Zeitmoment gleichfalls wesentlich.

Zur ersteren gehört die aus pactum de non licitando und ähnlichen Vereinbarungen geschuldete: Der Versteigerungstermin ist nicht ein Zeitpunkt, in dem einmalige Unterlassung stattzufinden hätte, sondern ein Zeitraum, in dem sich diese schrittweise vollziehen soll: wenn der Gläubiger nach seinem ersten Gebot von einem anderen, nach dem zweiten vom Schuldner überboten wird und die Sache erst nach dem dritten zugeschlagen erhält, so ist die Verpflichtung des Schuldners, ihn alle drei Male nicht zu überbieten, mit dem Ablauf der Zeit zwischen den einzelnen Geboten unmöglich geworden; sie ist für das erste und dritte Mal erfüllt, für das zweite Mal vermöge der Zuwiderhandlung unerfüllt geblieben. Es handelt sich danach auch hier um mehrere, voneinander verschiedene Unterlassungen, die nur zu bestimmter Zeit, nur zwischen den einzelnen Geboten und dem Zuschlag möglich sind und nach Ablauf jener Zeiträume nicht nachgeholt werden können.

Um Fälle der zweiten Gruppe handelt es sich, wenn die Zeit nicht im voraus fest bestimmt ist, sondern innerhalb eines weiter abgegrenzten Zeitraumes noch der Konkretisierung bedarf; wenn z. B. Unterlassung an zwei beliebigen Tagen des

Juli versprochen ist. Da die Unterlassung am 1. eine andere Leistung ist, als die am 30., so ist hier in Wahrheit nicht zwischen verschiedenen Zeitpunkten für eine und dieselbe Leistung, sondern zwischen verschiedenen Leistungen zu wählen. Dies geschieht entweder durch Erfüllung, z. B. durch Unterlassung am 1. und 2., mit dem Erfolge, daß die Unterlassung an diesen Tagen, oder durch Nichterfüllung, z. B. durch Nichtunterlassung vom 1. bis 29., mit dem Erfolge, daß Unterlassung für den 30. und 31. geschuldet wird; die Nichterfüllung vom 1. bis 29. ist daher keine Pflichtwidrigkeit, keine Verzögerung, und die Erfüllung am 30. und 31. keine Nachholung der bisher versäumten Erfüllung; denn von einer Versäumnis kann vor der Zeit, für die spätestens geschuldet wird, keine Rede sein. — Endlich eine Nichterfüllung auch am 30. und 31. hat nicht nur Verzögerung, sondern Unmöglichwerden der Erfüllung zur Folge; denn Unterlassung am 1. und 2. August ist eine andere Leistung, als die geschuldete Unterlassung im Juli; sie ist also gleichfalls keine Nachholung der Erfüllung.

Hiermit dürfte sich die Annahme Paechs[1]) erledigen, daß bei Unterlassungspflichten, deren Erfüllung nachgeholt werden könne, Leistungsverzug möglich sei; denn solche Unterlassungspflichten gibt es nicht. — Aus einem anderen Grunde trifft die Ansicht de Claparèdes[2]) nicht zu, daß Nachholbarkeit der Leistung gar nicht zum Wesen des Verzuges gehöre[3]), und daß demnach bei Unterlassungspflichten ganz all-

1) Leistungsverzug S. 21, 67.

2) Beiträge zur Lehre vom Leistungsverzug I S. 22, 24 f. Auch Stammler, Schuldverhältnisse 145 hält hier Verzug für möglich.

3) Dagegen auch Lehmann a. a. O. 71 ff.; Treitel, Sind die Vorschriften des BGB. über Unmöglichkeit der Leistung und Verzug anwendbar auf Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen? Rostocker Diss. 1902, 63 f.; Paasche, Unmöglichkeit der Leistung und Verzug bei Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen. Freib. Diss. 1903, 55 ff.

gemein, ohne Rücksicht auf Nachholbarkeit, Verzug möglich sei. Eine Leistung, die nicht erfolgt ist und nicht mehr nachgeholt werden kann, ist eben unmöglich geworden; für den Eintritt von Verzugsfolgen neben den ohnehin weitergehenden Unmöglichkeitsfolgen ist aber kein Raum [1]).

III. Die Frage nach den objektiven Voraussetzungen der Haftung wegen Nichterfüllung lautet nach alledem: Wann ist durch Nichtbefolgung des Leistensollens, d. i. des dem Schuldner gebotenen Leistungsverhaltens, ein Ausbleiben des geschuldeten Leistungserfolges verursacht worden, sei es daß das geschuldete Geschehen oder Unterbleiben heute unmöglich, oder das geschuldete Geschehen noch möglich und nur verzögert worden ist? Die Antwort aber muß verschieden ausfallen, einmal je nach dem Charakter des geschuldeten Leistungserfolges als eines Geschehens oder Unterbleibens, und ferner je nach dem Charakter des gebotenen Leistungsverhaltens als einer Handlung oder Unterlassung. Es ergeben sich danach folgende Gruppen (S. 85 ff.):

1. Ein positiver Leistungserfolg, ein Geschehen, dari oder fieri, ist ohne Erfüllung unmöglich gemacht oder verzögert worden,

a) wenn eine zu seiner Verwirklichung durch den Schuldner notwendige Handlung unterblieben, z. B. die zu liefernde Kaufsache nicht angeschafft, die Mietwohnung nicht durch Kündigung des vorigen Mietvertrages freigemacht worden ist;

b) oder wenn eine zu seiner Nichthinderung durch den Schuldner notwendig zu unterlassende Handlung vorgenommen, z. B. die Kaufsache vor der Lieferung zerstört,

1) Anders bei zeitweiliger Unmöglichkeit vorübergehender Leistungen, die leicht mit der partiellen, aber endgültigen Unmöglichkeit von Dauerleistungen verwechselt wird; vergl. unten § 8.

die Mietwohnung vor der Einräumung an den Mieter veräußert oder einem Dritten als Mieter überlassen worden ist.

2. Ein negativer Leistungserfolg, ein Unterbleiben, non fieri, ist ohne Erfüllung unmöglich geworden, wenn

a) eine zu seiner Verwirklichung durch den Schuldner notwendig zu unterlassende Handlung vorgenommen worden, wenn z. B. der zur Gestattung der Durchfahrt durch seinen Hof Verpflichtete den Pferden des Berechtigten am Eingange in die Zügel gefallen ist, wenn der durch Konkurrenzverbot verpflichtete Handlungsgehülfe einen Konkurrenzverkauf abgeschlossen, der Schuldner aus pactum de non licitando ein Gebot getan hat;

b) oder wenn eine zu seiner Nichthinderung durch den Schuldner notwendig vorzunehmende Handlung unterblieben ist, z. B. wenn der zur Gestattung der Durchfahrt Verpflichtete das Hoftor nicht aufgeschlossen hat.

Die Fälle unter 1 b entsprechen den strafrechtlichen Omissivdelikten durch Begehung (z. B. der Kriegslieferungspflichtige zerstört die zu leistende Munition, § 329 StGB.), die unter 2 b den Kommissivdelikten durch Unterlassung (z. B. Aussetzung durch Verlassen in hülfloser Lage, § 221 StGB.).

IV. Staubs positive Vertragsverletzung soll bei Verpflichtungen zu negativer Leistung der einzige Grund einer Schadenersatzpflicht anstatt der Vereitelung und Verzögerung, bei solchen zu positiven Leistungen ein dritter neben diesen sein. Das Reichsgericht, das der Staubschen Theorie bei positiven Verpflichtungen erhebliche Zugeständnisse macht, hat bei negativen an der entgegengesetzten, gewiß richtigen Auffassung festgehalten[1]).

1) RG. 54, 287 f.; Staub 44 f.

1. Es sind aber nicht nur alle Fälle der Verletzung negativer[1]) (z. B. Staub S. 5 f.), sondern auch die meisten von Staub für seine Auffassung angeführten von Verletzungen positiver Verpflichtungen in den obigen Gruppen des eine Vereitelung oder Verzögerung der Erfüllung verursachenden Handelns oder Unterlassens des Schuldners enthalten:

Ein gewöhnlicher Fall der Gruppe 1 a, der Vereitelung oder Verzögerung positiver Leistungspflicht durch Unterlassen, liegt vor, wenn der Schuldner anstatt der geschuldeten Ware eine andere geleistet und damit den Gläubiger in die Unmöglichkeit versetzt hat, seinen eigenen Lieferungsverbindlichkeiten nachzukommen (Staub S. 16). Hier kann Unmöglichkeit eingetreten sein; z. B. wenn nur am festbestimmten Tage zu leisten war und eine Nachholung unstatthaft ist. Meist wird nur Verzug vorliegen. Der Schade ist aber gar nicht durch Handlung, durch Lieferung der falschen Ware, sondern nur durch Unterlassung, durch Nichtlieferung der rechten verursacht worden. Sonach ist § 280 oder § 286 unmittelbar anzuwenden. Ein Fall der Pflichtverletzung durch positive Handlung liegt gar nicht vor[2]), weil die tatsächlich vorgenommene Handlung, die Lieferung der falschen Ware, für den Schaden nicht kausal ist.

Wenn die verkaufte Spezies durch Schuld des Verkäufers nachträglich mangelhaft wird (Staub S. 17), so liegt ein Fall der Gruppe 1 b vor. Hier ist allerdings die positive Pflicht zur Leistung der Sache, wie sie verkauft ist, durch ein positives Handeln, die Sachbeschädigung, verletzt worden. Aber wenn der Schade nur darauf beruht, daß der Käufer nicht die mangelfreie Sache erhalten hat[3]), so könnte

---

1) Kipp, DJZ. 8, 253; Lehmann a. a. O. S. 77, 93.

2) Kipp a. a. O. 254; vergl. Lehmann a. a. O. S. 74, 78 ff.

3) Nicht darauf, daß er die mangelhafte Sache erhalten hat, die infolge einer Krankheit seine anderen Sachen angesteckt hat etc.; siehe unten 2.

an sich auch hier, wenn sich der Mangel noch beseitigen läßt, § 286, anderenfalls § 280 angewandt werden: ersteres z. B., wenn der Käufer wegen des Mangels einen zu geringen Gegenwert erhält, wenn er dadurch zu Reparaturausgaben gezwungen ist, letzteres, wenn er die Sache bereits als mangelfreie weiterverkauft hatte und infolge des Mangels seine eigene Verkaufsverpflichtung nicht erfüllen kann. — Die Ersatzpflicht ist aber hier ohnehin nur im Fall arglistiger Beschädigung der Kaufsache gewiß. Im übrigen haftet der Verkäufer nach § 459 nur dafür, daß die Sache nicht zur Zeit des Gefahrüberganges, d. h. nach §§ 446, 447 regelmäßig zur Zeit, wo er sie aus der Hand gab, nicht zur Zeit des Vertragsschlusses, mit gewissen Mängeln behaftet ist. Diese Haftung bezieht sich auch auf Fälle, wo der Verkäufer selbst die Sache zwischen Vertragsschluß und Weggabe fahrlässig beschädigt hat. Hält man die regelmäßig auf Wandlung und Minderung beschränkte Mängelhaftung des Speziesverkäufers für ausschließlich und die allgemeinen Grundsätze der §§ 323, 325 für unanwendbar, so wird sich auch für den obigen Fall kaum eine Abweichung verteidigen lassen[1]).

2. Das Hauptverdienst der Staubschen Schrift liegt nicht auf dem bisher besprochenen Gebiete. Daß die Nichterfüllung von Unterlassungspflichten positives Geschehen ist und deshalb meist ein Handeln des Verpflichteten voraussetzt (Gruppe 2 a), folgt aus dem Inhalt der geschuldeten Leistung, ebenso wie umgekehrt, daß die Nichterfüllung von Handlungspflichten ein Unterbleiben und daher meist auf eine Unterlassung des Verpflichteten zurückzuführen ist (1 a). Aber auch die Ausnahmefälle, wo Unmöglichkeit oder Verzögerung der Erfüllung positiver Verpflichtungen durch positives Handeln herbei-

1) Vergl. Titze, Unmöglichkeit 277 Anm. 45. Literatur der sehr bestrittenen Frage bei Planck 2³ § 462 Nr. 7; Crome 2, 448 Anm. 33.

geführt wird (1 b), können die Aufstellung eines besonderen Begriffs der positiven Vertragsverletzung nicht rechtfertigen; diese wäre auch hier nur eine für Unmöglichwerden oder Verzögerung der Leistung ursächliche Tätigkeit des Schuldners, deren rechtliche Bedeutung ausschließlich in dieser Kausalität beruht, und die deshalb durch §§ 280, 286 vollkommen gedeckt ist. Wäre der Begriff der positiven Vertragsverletzung hier berechtigt, so hätte man in dem selteneren umgekehrten Fall der Verletzung einer negativen Verpflichtung durch Unterlassung (2 b) einen ihm entsprechenden der negativen Vertragsverletzung aufzustellen, der gleichfalls von Vereitelung und Verzögerung der Erfüllung verschieden sein müßte; solche Unterlassungen sind aber nur als Ursache der Nichterfüllung einer unmöglich gewordenen negativen Verbindlichkeit von Belang und deshalb durch § 280 gedeckt.

Weit mehr Bedenken macht eine andere Gruppe von Staubs Fällen; es sind vorwiegend die, für die das Reichsgericht seiner Theorie beigetreten ist. Sie unterscheiden sich von den vorigen einmal darin, daß der Schade nicht durch Unterbleiben einer Leistung negativ, sondern durch Andersleistung positiv verursacht ist, und weiter wenigstens zum Teil darin, daß die geschuldete Leistung anscheinend weder unmöglich geworden, noch bereits verzögert ist. Staubs Beispiele S. 5 f., 10 f., 12, 16 f. sind großenteils von dieser Art. Im folgenden werden die beiden zu Grunde gelegt, die er selbst am genauesten erörtert: Der Verkäufer von Aepfeln liefert vor dem Schlusse der Leistungsfrist wurmstichige Ware, durch die die gesunde des Käufers angesteckt wird. — Ein Gesellschafter ist den übrigen zur Aufstellung einer Bilanz in drei Monaten verpflichtet; er stellt schon am Beginn der Frist eine günstige, aber falsche Bilanz auf und veranlaßt so die anderen zu Maßregeln, die

bei Richtigkeit dieser Bilanz sachgemäß wären, in Wahrheit aber schädlich sind.

a) Um die Kausalitätsfrage vorweg zu prüfen, sollen die Beispiele zunächst so verändert werden, daß die zweite Zweifelsfrage, ob Unmöglichkeit oder Verzug eingetreten sei, bejaht werden kann: Der Verkäufer sollte die Aepfel zu einem bestimmten Tage, nicht früher und nicht später liefern, etwa für ein Kinderfest; sie sind alsbald nach der Lieferung mit der gesunden Ware des Käufers zum sofortigen Verbrauch bei dem Fest vermengt worden, müssen aber samt dieser liegen bleiben, weil sie unverwendbar sind, und die Sortierung nicht mehr rechtzeitig geschehen kann. Hier ist mit der Lieferung schlechter Aepfel am Tage des Festes Unmöglichkeit der Erfüllung eingetreten, weil die Lieferung gesunder an einem späteren Tage keine Erfüllung mehr wäre. — Oder der Verkäufer hat die schlechte Ware erst am letzten Tage der Lieferungsfrist geleistet, der Gesellschafter die falsche Bilanz erst am Schlusse der Dreimonatsfrist errichtet; dann ist nachträgliche Erfüllung zwar noch möglich, aber keine rechtzeitige mehr, und deshalb ist der objektive Tatbestand des Verzuges begründet.

Der Schade ist hier freilich nicht durch die Unmöglichkeit oder Verspätung der Erfüllung verursacht. Es liegt also anders, als in dem obigen Fall, wo er darin bestand, daß der Käufer infolge Nichtempfanges oder nicht rechtzeitigen Empfanges guter Ware verhindert war, einer eigenen Lieferungspflicht nachzukommen; ein solcher Schade beruht nicht darauf, daß schlechte Ware geliefert ist; er wäre auch eingetreten, wenn gar keine geliefert wäre; die vertragswidrige Leistung hat also nur negative Kausalität als Unterlassung der vertragsmäßigen Leistung; der Schade beruht nur darauf, daß Unmöglichkeit oder Verzögerung der Erfüllung eingetreten ist. — Nicht so in den letzten Fällen: hätte der Verkäufer nichts geliefert, so wäre

die gute Ware des Käufers nicht verdorben, hätte der Gesellschafter gar keine Bilanz errichtet, so wären die anderen nicht zu schädlichen Maßnahmen veranlaßt worden; die Lieferung der schlechten Ware, die Errichtung einer falschen Bilanz haben also eine positive Kausalität als Handlungen; der Schade beruht nicht darauf, daß die Erfüllung unmöglich geworden oder verzögert ist, sondern darauf, daß der Gläubiger eine vertragswidrige Leistung erhalten hat.

Sprächen daher §§ 280, 286 nur eine Ersatzpflicht für den durch Unmöglichwerden oder Verzögerung der Erfüllung verursachten Schaden aus, so wären die letzteren Fälle nicht durch ausdrückliche Gesetzesvorschriften betroffen, und es läge in der Tat die von Staub angenommene, nötigenfalls durch Analogie auszufüllende Lücke vor. Aber § 280 spricht von dem „durch die Nichterfüllung", § 286 von dem „durch den Verzug" verursachten Schaden; letzterer ist nach der Definition des Verzuges in § 284 ein Schade, der dadurch entsteht, daß der Schuldner „nicht leistet", d. h. nicht vertragsmäßig leistet. „Nichtbewirken der vertragsmäßigen Leistung" umfaßt aber außer der Nichtsleistung auch die Andersleistung, also außer der Nichtlieferung von Aepfeln, der Nichtaufstellung einer Bilanz auch die Lieferung wurmstichiger Aepfel, die Aufstellung einer falschen Bilanz[1]). Nach § 280 wie nach § 286 ist deshalb der Schuldner ersatzpflichtig nicht nur wegen des Schadens, der auf die negative Kausalität der nicht vertragsmäßigen Leistung als Unterlassung, sondern auch wegen dessen, der auf die positive der Andersleistung als Handlung zurückzuführen ist. Wenn man sich also an die Gesetzesworte „durch die Nichterfüllung", „durch den Verzug" hält und sie nicht durch die der Theorie und Praxis freilich geläufigeren „durch die Unmöglichkeit", „durch

1) Vergl. Lehmann, a. a. O. 74.

die Verspätung" ersetzt, so unterliegt die unmittelbare Anwendung der §§ 280 und 286 keinem Bedenken.

b) In Staubs Fassung bereiten aber die Fälle noch eine weitere Schwierigkeit: wenn der Verkäufer vor dem Schlusse der Lieferungsfrist schlechte Ware geliefert, der Gesellschafter schon am Beginn der Dreimonatsfrist eine falsche Bilanz aufgestellt hat, so ist die vertragsmäßige Leistung gewiß nicht unmöglich und, wie es zunächst scheinen muß, auch noch nicht verzögert worden, weil sie ja innerhalb der ursprünglich bestimmten Frist immer noch geschehen kann; es scheint also, daß auch noch kein Verzug vorliegt.

α) Wäre letzteres zutreffend, so könnte eine Ersatzpflicht wegen der Falschleistung, wie Staub S. 7 f., 31 ff. sehr mit Recht ausführt, nicht aus dem Satze des § 276 hergeleitet werden, daß der Schuldner im Zweifel Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Dieser Satz enthält für sich allein genommen überhaupt keinen Rechtsbefehl, sondern nur eine Begriffsbestimmung; ein Rechtsbefehl ergibt sich aus ihm erst vermöge einer doppelten Ergänzung durch andere Vorschriften, einmal von der Seite der vorsätzlich oder fahrlässig verletzten konkreten Rechtspflicht, und ferner von der Seite der Rechtsfolgen des Vertretenmüssens aus.

Zunächst angenommen, nicht zugegeben, daß Vertretenmüssen völlig synonym sei mit Ersatzpflichtigsein, so enthielte § 276 gleichwohl noch keinen Rechtsbefehl. Ein abstraktes Verbot von Vorsatz und Fahrlässigkeit wäre inhaltslos, weil Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht ein menschliches Verhalten, sondern nur Eigenschaften eines solchen sind; nur ein konkretes Verhalten, nicht seine von ihm abstrahierten Eigenschaften können aber verboten werden und konkreten Rechtsfolgen, wie der Schadenersatzpflicht, als Grundlage dienen. Nach dem BGB. ist nun das Verschulden, dessen Unterarten

Vorsatz und Fahrlässigkeit bilden, subjektive Voraussetzung der Relevanz verschiedenartiger objektiver Tatbestände, die in zwei Gruppen zerfallen:

Es ist einmal rechtserhebliche Eigenschaft eines menschlichen Verhaltens, das objektiv Nichtbefolgung eines Rechtsbefehles ist: als Erfüllungsverschulden (sog. kontraktliches) bei Nichterfüllung rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Verpflichtungen, als Deliktsverschulden bei Verstoß gegen absolute Verbotsgesetze (S. 101 f.).

Es ist ferner erhebliche Eigenschaft des Verstoßes gegen Gebote des eigenen Interesses[1]), die keine Rechtsgebote, sondern nur innere psychische Antriebe sind und wohl zuweilen, aber durchaus nicht immer durch die Rücksichtnahme auf Rechtsfolgen als treibende Kraft beeinflußt werden. Dieser Art ist das eigene „Verschulden des Beschädigten" in § 254, ferner auch die „vorsätzliche oder fahrlässige" Unterlassung der Abwendung eigenen Schadens in § 839, 3: Wer sich in Selbstmordsabsicht auf die Bahnschienen wirft, wer renommistisch oder unachtsam die Straße dicht vor einem scharf trabenden Dogcart überschreitet, handelt im Sinne des § 254 schuldhaft; wer wissentlich, um den Richter zu blamieren, oder unwissentlich aus Bequemlichkeit unterläßt, gegen eine auf Rechenfehler beruhende Verfügung des Grundbuchamts Beschwerde einzulegen, handelt im Sinne des § 839, 3 vorsätzlich oder fahrlässig; hier wie dort aber ist der objektive Tatbestand seines Verhaltens nur ein Verstoß gegen den psychischen Antrieb des eigenen Interesses, nicht gegen einen Befehl der Rechtsordnung.

Unzutreffend ist es, wenn ich früher (S. 38) angenommen habe, daß der Begriff des eigenen Verschuldens in § 254 entsprechend dem des Erfüllungsverschuldens, daß insbesondere

1) Vergl. G. Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag 217 f.

der einer Fahrlässigkeit bei Verstößen gegen eigenes Interesse nur durch Analogie des § 276 S. 2 zu bestimmen sei. Beide Begriffe sind vielmehr unabhängig voneinander, obwohl vielleicht übereinstimmend, zu entwickeln: Der im Gesetz nicht definierte Vorsatz ist gegeben, wenn wissentlich gegen eine Rechtspflicht oder gegen eigenes Interesse verstoßen wird. Die Definition der Fahrlässigkeit in § 276 S. 2 bezieht sich nicht nur auf Erfüllungsverschulden, sondern, wie ihre Anwendung in §§ 823 und 839, 3 zeigt, von vornherein auch auf deliktisches und auf Verschulden bei Wahrnehmung des eigenen Interesses; fahrlässig handelt daher, wer die im Verkehr — sei es für Erfüllung von Verpflichtungen, sei es für Befolgung absoluter Verbotsgesetze oder für die Wahrung der eigenen Sicherheit — erforderte Sorgfalt außer acht läßt.

Privatrechtlich sind nun aber diese objektiven Tatbestände, auch wenn ihnen die subjektive Eigenschaft als vorsätzlich oder fahrlässig verschuldete zukommt, regelmäßig nur erheblich, wenn sie einen Schaden herbeigeführt haben: fahrlässiges Ueberschreiten des Straßenbahndammes ist belanglos, wenn man „mit blauem Auge" davon kommt, Ueberspringen eines Grabens mit gespanntem Büchsenhahn, wenn der Schuß nicht losgeht oder niemanden trifft, unterlassene Bestellung einer zu liefernden Ware, wenn sie zufällig im letzten Augenblick ohne Bestellung zu erhalten ist. Nur wo ein solches Verhalten durch seine Ursächlichkeit für einen dem Urheber oder einem anderen zugestoßenen Schaden Rechtserheblichkeit erlangt [1]), bezeichnet es das BGB. als ein „zu vertretendes". Eine bloße, durch § 279 zu ergänzende Begriffsbestimmung ist auch, wie Staub

1) Also nicht, wo es ausnahmsweise relevant ist, obwohl es keinen Schaden, sondern nur eine Gefährdung herbeigeführt hat, z. B. als Grund der Entmündigung wegen Verschwendung (§ 6 Z. 2), des Anspruchs auf Sicherstellung, der Klage auf Aufhebung der ehemännlichen Nutznießung und Verwaltung (§§ 1391, 1418 Z. 1 BGB.), als Arrestgrund (§ 917 ZPO.).

treffend bemerkt, der Satz des § 276 S. 1, daß der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit „zu vertreten" hat. Wie § 858, 2 den „fehlerhaften Besitz" nur definiert, ohne seine Rechtsfolgen auszusprechen, so sagt auch § 276 S. 1 nur, wann ein Verhalten „zu vertreten" sei, ohne sich über die Folgen dieses Vertretenmüssens zu äußern. Hier wie dort werden die Folgen erst in anderen Vorschriften des Gesetzes ausgesprochen, die sich der vorweg definierten Begriffe des „fehlerhaften Besitzes" und des „Vertretenmüssens" bedienen.

Unrichtig ist es vor allem, daß Vertretenmüssen durchaus gleichbedeutend sei mit Ersatzleistenmüssen. Das Gegenteil folgt, wie Staub gleichfalls treffend hervorhebt, schon daraus, daß das BGB. als Folge des Vertretenmüssens nicht immer eine Schadenersatzpflicht, sondern an ihrer Statt z. B. in § 325 wahlweise ein Rücktrittsrecht, in § 462 ausschließlich einen Wandlungs- oder Minderungsanspruch des Gegners bestimmt. — Das Gesetz spricht aber von „zu vertretenden" Umständen sogar, wo es sich überhaupt nicht um Erfüllung einer Rechtspflicht handelt, wo daher eine Schadenersatzpflicht gar nicht in Frage kommen kann. So in § 324: wird die Erfüllung einer Verpflichtung des Schuldners aus gegenseitigem Vertrage durch einen vom Gläubiger zu vertretenden Umstand unmöglich, so ist die Folge nur, daß der Gläubiger zur Gegenleistung verpflichtet bleibt, ohne selbst etwas zu erhalten. Was er hier „zu vertreten" hat, ist unter Umständen ein bloßer Verstoß gegen eigenes Interesse[1]): wer die zur Fahrt auf den Bahnhof bestellte Droschke nicht abwartet, sondern sich schon

1) Planck 2³ § 324, 1a scheint zunächst nur Delikte (Beschädigung der noch dem Schuldner gehörigen Kaufsache) und Verstöße gegen eigene Verpflichtungen des Gläubigers (Abnahmepflichten) als von diesem „zu vertretende" Umstände anzusehen; er verweist aber nachher billigend auf die von Kisch, Unmöglichkeit 76 angeführten weiteren Beispiele, unter denen sich auch solche des bloßen Verstoßes gegen eigenes Interesse finden.

eine Stunde vor Abfahrt des Zuges zu Fuß dort einfindet, hat die dadurch verursachte Unmöglichkeit der Erfüllung „zu vertreten", obwohl er keine, nicht einmal eine indirekte Rechtspflicht verletzt hat [1]. — Steht dieser Sprachgebrauch des Gesetzes hiernach in einem zweifellosen Falle fest, so ist meines Erachtens seine Anwendung auch für andere rechtserhebliche Verstöße gegen bloße Gebote des eigenen Interesses unbedenklich; so für den des § 254, weil der Verstoß die Entstehung eines Ersatzanspruchs des Verletzten zu seinem Nachteil ausschließt oder beschränkt, und für den des Annahmeverzuges; daß der letztere kein Verschulden des Gläubigers voraussetzt, steht nicht entgegen, da das Gesetz auch in §§ 279 (Staub S. 32), 278, 462 Umstände, die der Verpflichtete nicht verschuldet hat, als von ihm zu vertretende bezeichnet [2].

§ 276 ist deshalb, für sich allein genommen, ein lebensunfähiges Skelett, das erst von zwei verschiedenen Seiten her mit Fleisch und Blut umkleidet werden muß: er erhält konkreten Gehalt erst, wenn die Abstraktionen Vorsatz und

1) Eine Abnahmepflicht besteht nicht, weil hier „nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist"; § 640, 1 BGB. (S. 46).

2) Kisch a. a. O. verlangt für Vertretenmüssen bloßer Verstöße gegen eigenes Interesse ein Verschulden; der einzige unverschuldete Umstand, der nach § 324, 1 als vom Gläubiger zu vertretender in Frage käme, ist Annahmeverzug, der in § 324, 2 ausdrücklich gleichgestellt wird. Es ist daher praktisch wohl belanglos, ob man ihn ohne Rücksicht auf Verschulden als „zu vertreten" bezeichnen darf oder nicht. Ich sehe aber nicht, weshalb man hierfür bei Verstößen gegen Gebote des eigenen Interesses Verschulden erfordern sollte, bei solchen gegen Rechtspflichten nicht. — „Verantwortlichsein" wird, wenn ich recht sehe, nur bei Verletzung fremden Interesses gebraucht, freilich ebenso wie „Vertretenmüssen" ohne Rücksicht auf Verschulden (z. B. §§ 31, 831, 2, 840, 2, 834, 835, 2 S. 2), aber doch nur bei Handlungsfähigkeit des Verantwortlichen (§§ 827, 829; daß der nach §§ 835 S. 2, 840, 3 „Verantwortliche" unter Umständen handlungsunfähig sein kann, steht wohl nicht entgegen); dagegen kann auch ein Handlungsunfähiger etwas „zu vertreten haben" (z. B. § 278).

Fahrlässigkeit auf den aus anderen Vorschriften zu entnehmenden Inhalt eines objektiv gebotenen Verhaltens bezogen und wenn für das Vertretenmüssen dessen gleichfalls an anderen Stellen geordnete Rechtsfolgen herangezogen werden. Da aber die Schadenersatzpflicht nur in §§ 280 und 286 als allgemeine Folge des Vertretenmüssens vorgeschrieben wird, so hilft, wenn diese unanwendbar sein sollten, auch § 276 in den obigen Fällen nicht weiter.

β) Die Lieferung schlechter Ware, die Aufstellung einer falschen Bilanz vor Schluß der Leistungszeit haben daher nach unmittelbar anzuwendender Gesetzesvorschrift eine Schadenersatzpflicht nur zur Folge, wenn sie nach § 276 ein bei Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertretender Umstand, und wenn sie nach §§ 280, 286 für die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit ursächlich sind. Fehlt es demnach wirklich an ihrer Kausalität für die Nichterfüllung der auf Lieferung guter Ware, auf Errichtung einer zutreffenden Bilanz gehenden Hauptverpflichtung, so liegt es nahe, neben dieser eine weitere Verpflichtung zur Nichtlieferung schlechter Ware, zur Nichtaufstellung einer falschen Bilanz[1]) zu konstruieren, wozu natürlich der für solche Fälle stets gefügige § 157 herhalten müßte. Eine solche Verpflichtung wäre in der Tat durch Verhalten des Schuldners vereitelt, es wäre auch der Schade durch ihre Nichterfüllung herbeigeführt, also die Ersatzpflicht gemäß § 280 begründet.

γ) Staubs (S. 14) Abneigung gegen diese Konstruktion teile ich gewiß. Aber auch seine eigene Theorie der positiven Vertragsverletzung ist gezwungen, mit jener Unterlassungspflicht zu operieren, obwohl es ihr Urheber nicht ausdrücklich zugibt; ja sie ist sogar, wenn man Staubs oben bekämpfte Ansicht über Unmöglichkeit der Erfüllung bei Unterlassungs-

1) Dagegen auch Kohler, ArchCivPrax. 84, 1 ff.

pflichten für unzutreffend hält, mit jener von ihm verworfenen Konstruktion identisch und nur in andere Worte eingekleidet:

Vertragsverletzung ist eine sehr gebräuchliche, aber doch ungenaue Bezeichnung für die Verletzung einer vertragsmäßigen Verpflichtung oder, was dasselbe sagt, des ihr korrelaten vertragsmäßigen Rechts [1]. Verletzung kann nicht ohne Veränderung der bisherigen Substanz dessen, was verletzt wird, geschehen. So wird eine Verpflichtung verletzt, wenn ihre Erfüllung unmöglich gemacht, oder wenn ihre rechtzeitige Erfüllung vereitelt wird; denn in beiden Fällen besteht sie nur mit verändertem Inhalt fort. Ein Vertrag aber kann als etwas in der Vergangenheit fertig Abgeschlossenes überhaupt nicht verletzt werden; selbst durch nicht pflichtwidrige Handlungen, wie durch Anfechtung, werden nur seine Rechtsfolgen, nicht er selbst beseitigt; noch viel weniger kann er durch pflichtwidrige verletzt werden; die sog. Vertragsverletzung läßt ihn unversehrt und verändert nur die ihm entspringenden Verpflichtungen und Rechte. Auch Staub versteht darunter offenbar nur die Zuwiderhandlung gegen vertragsmäßige Verpflichtungen, da er selbst (S. 12, 17, 23 u. a.) seine positive Vertragsverletzung als Verletzung einer Pflicht bezeichnet, und da er in ihr sogar die allein mögliche Verletzung von Unterlassungspflichten finden will. Wenn aber die Aufstellung einer falschen Bilanz am Beginn der Frist keine Verletzung der Verpflichtung zur Aufstellung einer richtigen bis zum Ende der Frist ist, und gleichwohl Verletzung einer Verpflichtung sein soll, so sehe ich nicht, worauf die verletzte Verpflichtung anders

1) Nichtbefolgung einer zu den Bestandteilen des Leistensollens gehörigen Pflicht hat nur dann eine Verletzung zur Folge, wenn sie für Nichterfüllung des Bekommensollens kausal ist; Nichtbestellen der verkauften Ware nur, wenn sie deren rechtzeitige Leistung verhindert; sie ist also Verletzung nicht an und für sich, sondern nur in der Kausalität für den ausbleibenden Leistungserfolg.

gerichtet sein könnte, als auf Nichtaufstellung einer falschen Bilanz.

Staubs Gegnerschaft gegen jene Konstruktion ist deshalb wohl nicht auf die ihr zu Grunde liegende Annahme einer solchen Unterlassungspflicht, die auch für seine eigene Auffassung nicht zu entbehren ist[1]), zurückzuführen, sondern auf seine Ansicht von der Unrichtigkeit der entschieden aufrecht zu erhaltenden herrschenden Meinung, daß die Erfüllung einer Unterlassungspflicht mit der Zuwiderhandlung unmöglich werde. In den oben zweifelhaft gebliebenen Fällen leitet daher Staubs, hier auch vom Reichsgericht angenommene Theorie in das gleiche Fahrwasser, wie die von ihm verworfene der durch Zuwiderhandlung herbeigeführten Unmöglichkeit einer auf Unterlassen der Andersleistung gehenden Nebenverpflichtung. Sie darf aber meines Erachtens, sei es in der ihr von Staub gegebenen Einkleidung oder ohne diese, nur als letzter Notbehelf gelten, wenn ein anderer Ausweg nicht mehr offen steht.

δ) Die Besonderheit der obigen Fälle liegt darin, daß die Fälligkeit zu Gunsten des Gläubigers auf einen Zeitpunkt, den Schluß der Frist, zu Gunsten des Schuldners aber auf einen Zeitraum, die ganze Frist, bestimmt ist. Der Schuldner hat also zwischen den verschiedenen in die Frist fallenden Zeitpunkten ebenso die Wahl, wie bei Wahl- und Gattungsschulden zwischen den verschiedenen Leistungsgegenständen; wie bei diesen der Gegenstand, und wie möglicherweise auch einmal der Leistungsort, so bedarf hier die Leistungszeit der Konkretisierung. Soweit sich aber nicht unmittelbar aus dem Gesetz oder dem Parteiwillen ergibt, wodurch diese zu geschehen hat, müssen die Gesetzesvorschriften für andere Konkretisierungsfälle entsprechend angewandt werden. Ist zwischen mehreren Leistungsorten oder einzelnen bestimmten Zeitpunkten

1) Siehe auch RG. 54, 101.

zu wählen, so wird die Wahlschuld als Analogie dienen müssen und z. B. entsprechend § 265 BGB. zu entscheiden sein, daß die an den Orten A oder B zu bewirkende Leistung in A zu geschehen hat, wenn sie in B, das durch Belagerung abgeschnitten ist, nicht geschehen kann; ebenso wenn Leistung zu Weihnachten oder zu Pfingsten versprochen und Weihnachten bereits vorüber ist. — Wo dagegen die Leistung innerhalb des Mai erfolgen soll, also die Leistungszeit von einem Zeitraum auf einen Zeitpunkt konkretisiert werden muß, da bietet sich nur die Analogie der Gattungsschuld. Daß durch Unmöglichwerden der Leistung an den ersten 30 Tagen, insbesondere durch ihren fruchtlosen Ablauf, die Leistungszeit auf den letzten Tag beschränkt wird, ist selbstverständlich; nur hat natürlich bei vorübergehenden Leistungen diese Beschränkung regelmäßig den Sinn, daß nicht die Erfüllung nach fruchtlosem Ablauf auch des letzten Tages unmöglich wird, sondern daß sie später keine rechtzeitige mehr ist. — Daß durch Erfüllung die Leistungszeit ebenso konkretisiert wird, wie der Leistungsgegenstand bei Gattungsschulden, braucht das Gesetz im einen wie im anderen Fall nicht hervorzuheben, weil die Konkretisierung hier mit der Tilgung der Forderung zusammenfällt, also keine selbständige Rechtsfolge haben kann. — Hat der abgeschlossene Leistungsversuch, das von seiten des Schuldners notwendige, obwohl erfolglose Leistungsverhalten, ebenso eine Konkretisierung der Leistungsfrist auf einen Zeitpunkt zur Folge, wie nach § 243, 2 eine Konkretisierung der Gattungsschuld auf eine Spezies, so könnte dies wohl zu Gunsten des Schuldners nur die Wirkung haben, daß im Fall eines gegenseitigen Vertrages die Gefahr auf den Gläubiger übergeht. Für Gattungsschulden folgt das bereits aus § 243, 2, für den Spezieskauf, dem andere auf Speziesleistung gerichtete gegenseitige Verträge gleichstehen, aus § 447 BGB., der auf

Platzgeschäfte entsprechend anzuwenden ist[1]). Ist man der Meinung, daß die Konkretisierung der Gattungsleistung gemäß § 243, 2 auch zu Gunsten des Gläubigers eintritt (S. 47 A. 4), so wird man folgerichtig auch für die Konkretisierung der Zeit bei Gattungs-, wie bei Speziesleistungen das gleiche annehmen müssen. Danach kann der Schuldner, der eine im Mai zu bewirkende Leistung am Monatsersten erfolglos angeboten hat, vom Gläubiger nach Bereinigung des Annahmeverzuges beim Worte genommen werden; er kann jenen nicht mehr willkürlich auf den Monatsletzten vertrösten, sondern schon vorher mit dem Erfolge der Mahnung zur Leistung aufgefordert werden. Natürlich kommt er trotz der Mahnung nicht in Verzug, wenn er das Unterbleiben eines erneuten Leistungsangebotes nicht zu vertreten hat (§ 285)[2]), wenn er z. B. infolge der Zurückweisung des ersten Angebotes inzwischen so disponiert hat, daß ihm nach Treu und Glauben ein sofortiges neues Leistungsanerbieten nicht zugemutet werden kann. Tatsächlich wird deshalb die Konkretisierung der Zeit zu Gunsten des Gläubigers nur die Wirkung haben, daß der Schuldner die seit dem ersten Angebot noch zur Leistung bereit liegende Sache nicht bis zum Schluß der Frist behalten darf, sondern auf Verlangen des Gläubigers sofort herzugeben hat. — Wenn der Gläubiger die ihm vom Schuldner vor der Zeit angebotene Falschleistung, die er für die richtige hält, annimmt, so läßt sich aus einem vorliegenden Parteieinverständnis folgern, einmal daß damit die Fälligkeit auf den Zeitpunkt der tatsächlich erfolgten Leistung konkretisiert, und weiter daß der Gläubiger die Leistung ohne Mahnung erhalten soll. Die für den Eintritt des Verzugs meist erforderliche Mahnung soll dem Schuldner die Ge-

1) Planck³ § 447, 2a; Zitelmann, Lücken im Recht 14.

2) § 279 findet bei Gattungsschulden, die bereits konkretisiert sind, keine Anwendung.

wißheit verschaffen, daß der Gläubiger auf alsbaldiger Leistung besteht; wird das letztere durch Einverständnis zwischen Gläubiger und Schuldner festgestellt, so ist deshalb die Mahnung zwecklos, und ihr Erfolg ist, was wenigstens im Obligationenrecht bei allen einseitigen empfangsbedürftigen Erklärungen möglich ist, durch Parteieinverständnis herbeigeführt worden. Ein solches ist anzunehmen, wenn der Schuldner, um einer Mahnung zuvorzukommen, am Fälligkeitstage beim Gläubiger erscheint und erklärt, er werde in einer Stunde leisten; nicht minder, wenn er an den Gläubiger eine falsche Leistung bewirkt; denn im Schweigen des Gläubigers auf jene Zusage, wie in der Annahme der Falschleistung, die er für richtig hält, dokumentiert sich dem Schuldner gegenüber sein Wille, die Leistung jetzt zu erhalten; es wäre unzuträglich, wenn der Gläubiger zu seiner Sicherung für den Fall, daß sich die Leistung als falsch herausstellen sollte, gezwungen wäre, den Schuldner, der anscheinend schon im Begriff ist, gutwillig zu leisten, oder der gar schon gutwillig geleistet hat, durch eine vermutlich überflüssige ausdrückliche Mahnung zu beleidigen; da die Mahnung keine Formalerklärung ist und stillschweigend geschehen kann, so muß sie auch durch ein nach der Fälligkeit stillschweigend erklärtes Parteieinverständnis ersetzt werden können. — Wenn sonach in der Falschleistung und ihrer Annahme die Erklärung des doppelten Einverständnisses über die Konkretisierung der Fälligkeit und über den Willen des Gläubigers, die Leistung sofort zu erhalten, gefunden werden kann[1]), so folgt daraus, daß der

1) Auch wenn die Parteien bereits im Kampf stehen, sind stillschweigende Vereinbarungen nicht, wie es meist und auch von Staub S. 54 angenommen wird, schlechthin unwahrscheinlich. Aus der Vereinbarung folgt sehr oft nicht, daß nach dem Willen der Parteien hinfort unter ihnen „eitel Friede“ sein soll. Oft glaubt jeder, sich dadurch nichts zu vergeben und den Streit ungehindert fortsetzen zu können; so namentlich bei Vereinbarungen, die zur Vereinfachung des Streites auf gerichtliches Zureden geschlossen werden.

Schuldner auch durch vorzeitige Falschleistung in Verzug kommt. — Hält man die Annahme eines auf Konkretisierung der Fälligkeit gerichteten Einverständnisses nicht für zutreffend, so bietet sich aber weiter eine gesetzliche Analogie, und die reicht auch für Fälle aus, wo die Falschleistung ohne Annahme des Gläubigers geschehen kann: Die fehlerhafte Leistung führt bei Gattungsschulden keine Konkretisierung zu Gunsten des Schuldners herbei, wohl aber beim Gattungskauf und gleichstehenden Rechtsverhältnissen eine solche zu Gunsten des Gläubigers mit der Wirkung, daß er, anstatt nachträgliche vertragsmäßige Leistung zu fordern, den Schuldner auch an der tatsächlich erfolgten Leistung festhalten und ihretwegen Wandlung oder Minderung verlangen kann (§ 480, 1). Wählt er eins der letzteren, so hat die fehlerhafte Leistung gewiß auch die Wirkung einer Konkretisierung der Leistungszeit: der Schuldner kann die Erfüllung des Wandlungs- oder Minderungsanspruchs nicht bis zum Schlusse der Frist hinausschieben, innerhalb deren er ohne die Falschleistung zur Erfüllung Zeit gehabt hätte. Entsprechend wird aber angenommen werden dürfen, daß der Gläubiger die mit der Falschleistung einmal gewählte Zeit auch dann als Fälligkeitstermin festhalten darf, wenn er den geleisteten Gegenstand nicht behalten will. Zum Ersatz der Mahnung genügt hier die Kundgabe des Willens, den Schuldner an der von ihm selbst gewählten Leistungszeit festzuhalten. Man wird die Mahnung aber auch entsprechend dem Satze dies interpellat pro homine (§ 284, 2 BGB.) als entbehrlich ansehen dürfen, wo die zunächst ungewisse Leistungszeit durch nachträgliche Konkretisierung zu einem festbestimmten Zeitpunkt geworden ist.

Hiernach ist der Gesellschafter, der vor Ablauf der Dreimonatsfrist eine falsche Bilanz errichtet, im Verzuge schon, wenn er sie aufgestellt, nicht erst dann, wenn er die Aufstellung

einer richtigen auch weiterhin bis zum Ablauf der Dreimonatsfrist unterlassen hat.

c) Wenn demgemäß in den Fällen der letzten Gruppe Staubs Ansicht zwar nicht der Begründung, aber dem praktischen Ergebnis nach im allgemeinen beifallswürdig ist, so kann doch aus Sonderbestimmungen für einzelne Rechtsverhältnisse Abweichendes zu folgern sein. Dies gilt vor allem von der Sachmängelhaftung des Verkäufers, wie bereits von Dernburg und Kipp[1]) überzeugend nachgewiesen worden ist. Kipp[2]) sucht freilich auch hier dem praktischen Ergebnis Staubs näher zu kommen; er nimmt in Fällen, wo durch fahrlässig verschwiegenen Mangel der Kaufsache die in § 823 BGB. genannten Rechtsgüter verletzt, z. B. Sachen des Käufers mit Krankheit angesteckt worden sind, eine Deliktshaftung des Verkäufers an. Das möchte beim Kauf praktisch unschädlich sein; auch könnte einer möglichen Härte oft mit Hilfe des § 254 die Spitze abgebrochen werden, z. B. wenn das vom Verkäufer gelieferte, vom Käufer bei seinem gesunden Vieh eingestellte Tier erkennbar krank war. Die Annahme einer Deliktshaftung des Verkäufers unterliegt aber, wie sich Kipp nicht verhehlt, namentlich deshalb schweren Bedenken, weil sie folgerichtig auf den Schenker und den Verleiher zu erstrecken wäre. Diese sollen nach §§ 521, 599 BGB. aus Kontrakt nur für grobe Fahrlässigkeit haften. Nimmt man außerdem eine Deliktshaftung wegen Fahrlässigkeit an, so wird das ihnen vom Gesetz zugedachte Haftungsprivileg illusorisch; es kommt außer in ganz entlegenen Fällen[3]) nur zur Geltung, wenn der

1) DJZ. 8, 3 f., ebenda 255 f. Dagegen wieder Staub S. 48; mit ihm, wiewohl zweifelnd, jetzt auch Planck[3] § 480, 6 a.

2) a. a. O.; ebenso Werner, Recht 1903, 308 f. u. a.

3) Z. B. der Schenker hat die Sache schon vor dem Empfang weiter verkauft, der Entleiher sie schon vorher mit Erlaubnis des

Kläger sich versehentlich auf Vertrag, anstatt auf Delikt als Klaggrund gestützt hat. Wer sich zu dieser Annahme nicht entschließen kann, muß daran festhalten, daß durch die spezielleren Vorschriften über Sachmängelhaftung des Verkäufers die Anwendung der darüber hinausgehenden Deliktsgrundsätze ausgeschlossen wird (vergl. S. 128 ff.).

3. Von Wichtigkeit sind endlich zwei Gruppen von Fällen, in denen Staub seine Auffassung zur Begründung von Rücktrittsrechten verwertet:

a) Ein Wirt hat von der Brauerei, die ihm auf längere Zeit Bier zu liefern hat, 10 Tage lang schlechtes Bier erhalten. Staub gibt ihm S. 26 f., 41 f. das Recht, vom ganzen Vertrage zurückzutreten; er hält es aber für unangängig, dies nach der herrschenden Meinung zu begründen, weil die für das Rücktrittsrecht des § 325 vorausgesetzte Unmöglichkeit der Erfüllung nicht eingetreten sei. Aber es ist durch Ablauf der 10 Tage die Lieferung für diese Zeit unmöglich geworden, und die darauf gehende Verpflichtung ist infolge der Lieferung schlechten Bieres unerfüllt geblieben. Da die Lieferung guten Bieres für die 10 Tage ein Teil der für die ganze Vertragsdauer geschuldeten Leistung ist, so liegt Teilunmöglichkeit vor, und der Gläubiger kann nach § 325 S. 2 zurücktreten, wenn er an der möglich gebliebenen Teilleistung für die Zukunft kein Interesse mehr hat. Letzteres ist stets anzunehmen, wo er besorgen muß, auch weiterhin schlechtes Bier zu erhalten; er muß dann in der Lage sein, sich für die Zukunft nach einem zuverlässigeren Lieferer umtun zu können, und hat daher das Interesse an der noch möglich gebliebenen Teilleistung des Schuldners

Verleihers, § 603 S. 2 BGB., weiter vermietet; diese Verpflichtungen aus Kauf und Miete können infolge des Sachmangels nicht erfüllt werden.

verloren[1]). Ohne diese freie Interpretation des auch in § 326 vorausgesetzten verlorenen Interesses ist auch nach Staubs Auffassung, die sich auf Analogie des letzteren Paragraphen stützt, nicht zu einem Rücktrittsrecht zu gelangen. — Nur wenn die bisherige schlechte Lieferung nachweislich auf Umständen beruht, die inzwischen behoben sind, wenn also für die Zukunft die Lieferung guten Bieres durch den Schuldner gesichert erscheint, läßt sich nicht sagen, daß das Interesse an dieser weggefallen sei; in solchen nicht ganz leicht zu beweisenden Fällen besteht aber auch kein praktisches Bedürfnis für den Rücktritt.

b) Das Reichsgericht[2]) hat ferner unter nachträglicher Billigung Staubs den Satz aufgestellt, daß der Gläubiger wegen einer den Vertragszweck gefährdenden positiven Vertragsverletzung zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt sei; so insbesondere wenn der Schuldner schon vor der Fälligkeit die künftige Leistung verweigere, etwa mit Berufung auf Nichtigkeit des Vertrages. Für ein solches Rücktrittsrecht besteht in der Tat ein zwingendes Bedürfnis, und es wird deshalb, auch wenn es nicht unmittelbar aus dem Gesetz zu begründen ist, wohl in Zukunft zum gesicherten Bestande des Rechts der Praxis gehören. Für die Gegner der Staubschen Theorie handelt es sich deshalb vor allem darum, ob es auch ohne diese zu begründen ist.

Gewiß kann die sog. positive Vertragsverletzung hier, wie sonst, nur Verletzung einer vertragsmäßigen Pflicht sein. Die Erfüllung der klagbaren Verpflichtung zur (künftigen) Leistung wird aber natürlich durch (gegenwärtige) Erfüllungsverweigerung weder vereitelt noch verzögert. Die Pflicht, gegen die eine solche Weigerung verstößt, muß also eine gegenwärtige,

1) Vergl. RG. 58, 421 f.

2) RG. 54, 98 ff., DJZ. 9, 345.

und zwar offenbar eine Unterlassungspflicht sein. — Nun wurde oben (S. 176 f.) schon ausgeführt, daß die bei fälligen Ansprüchen ganz inhaltslose angebliche Verpflichtung zur Nichtvereitelung der Erfüllung bei aufschiebend bedingten und betagten Ansprüchen nicht so inhaltslos ist, daß ihr vielmehr bei solchen die Bedeutung einer indirekten Verpflichtung zukommt, und daß ihre Erfüllung den dem Gläubiger gebührenden Erfolg hat, seinen künftigen Anspruch zu sichern. Diese Pflicht ist meines Erachtens die einzige, deren Nichterfüllung hier den Tatbestand der „Vertragsverletzung" bilden könnte. Da man ferner mit Staub S. 51 ff. in jener Weigerung eine Gefährdung[1]) des künftigen Anspruchs, also das Gegenteil der dem Gläubiger gebührenden Sicherung, finden und des weiteren hier sagen kann, daß der Gläubiger infolge der Weigerung das Interesse an der vermutlich gar nicht zu erwartenden Leistung des Schuldners verloren habe, so kann das Rücktrittsrecht durch Analogie des § 325 S. 2 begründet werden; nur durch Analogie, weil darin unmittelbar nur von Unmöglichkeit der Erfüllung klagbarer Verbindlichkeiten die Rede ist; aber nicht, wie Staub und das Reichsgericht wollen, durch Analogie des vom Verzug handelnden § 326, weil es einen Verzug bei klagbaren und etwas ihm Analoges bei indirekten Unterlassungspflichten nicht gibt.

Entschieden zu verwerfen ist es aber, wenn Staub S. 39 f., 51 f. dem Gläubiger hier anstatt des Rücktrittsrechts auch einen Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung geben will. Die Verletzung einer nur indirekten, also klaglosen

---

1) Auch Gefährdung ist Rechtsverletzung, wenn auch das verletzte Recht hier schwerer als sonst zu erkennen ist: Eltzbacher, Handlungsfähigkeit 111 f. Es ist hier das nur durch indirekte Unterlassungspflicht sanktionierte Recht darauf, daß die Sicherheit der künftigen Anspruchserfüllung unvermindert erhalten bleibt.

Unterlassungspflicht kann als solche keinen klagbaren Schadenersatzanspruch begründen; sie ist dazu nur geeignet, wenn sie außer der Vereitelung dieser indirekten Pflicht auch die Nichterfüllung, d. i. Vereitelung oder Verzögerung einer davon verschiedenen klagbaren Verpflichtung herbeiführt. Auch das Reichsgericht ist wohl hiermit im Einklange, obwohl es ausgesprochen hat[1]: der Gläubiger könne wegen solcher positiver Vertragsverletzungen, die „die Erreichung des Vertragszweckes gefährden", „vom Vertrage zurücktreten oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen". Es handelt sich hier offenbar nur um eine durch Zusammenfassung verschiedener Dinge in einen Satz entstandene Ungenauigkeit; ein Rücktrittsrecht ist allerdings schon wegen bloßer Gefährdung des Vertragszweckes, d. h. der vertragsmäßigen klagbaren Hauptverpflichtung möglich, ein Schadenersatzanspruch aber nicht schon wegen seiner Gefährdung, sondern nur wegen seiner Vereitelung oder Verzögerung; denn die bloße Gefährdung verursacht doch noch keinen Schaden und kann daher auch keine Schadenersatzpflicht begründen. Der Praxis des Reichsgerichts werden daher folgende Sätze zu Grunde zu legen sein: 1) Verletzung einer selbständigen klagbaren Unterlassungspflicht, sei sie auch bloße Nebenverpflichtung, begründet einen Schadenersatzanspruch wegen Unmöglichkeit der Erfüllung[2]. 2) Verletzung einer klaglosen, d. h. einer nur indirekten Unterlassungspflicht begründet ein Rücktrittsrecht, wenn sie die Erfüllung einer klagbaren Hauptverpflichtung gefährdet, einen Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung, wenn sie diese vereitelt. — Der erste Satz steht auf dem Boden der herrschenden Meinung, dem zweiten kann im Ergebnis gleichfalls beigetreten werden.

---

1) RG. 54, 98 ff.; DJZ. 9, 345.
2) RG. 54, 287 f.

§ 7. Voraussetzungen der Haftung gleich Ersatzpflicht wegen Nichterfüllung; subjektiver Tatbestand.

Wie die Nichtbefolgung des Leistensollens, die Nichtbeobachtung des gebotenen Leistungsverhaltens in ihrer Kausalität für Nichterfüllung des unmöglich gewordenen oder verzögerten Bekommens, des Leistungserfolges, den objektiven, so bildet ihre Zurückführbarkeit auf einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand den subjektiven Tatbestand der Voraussetzungen einer Haftung im Sinne einer Ersatzpflicht wegen Nichterfüllung.

Auch dieser hat mit der Schuld im Sinn eines Bekommensollens nichts zu schaffen; er ist nur eine Eigenschaft der Nichtbefolgung des Leistensollens. Die sog. Diligenzpflicht ist ebenso, wie die „Pflicht" zum Unterlassen von Vorsatz und Fahrlässigkeit, und wie das „Vertretenmüssen", eine bloße Abstraktion, aber zudem eine falsche. Denn ihres Blankettcharakters entkleidet und auf konkrete Verpflichtungen angewandt würde sie besagen, daß der Schuldner gar nicht zur Leistung, sondern nur zu einem Leistungsversuch verpflichtet sei. Wäre das wirklich der Fall, so würden die Gerichte täglich jeden Schuldner zu mehr verurteilen, als er schuldig ist. Denn jede Verurteilung richtet sich — übereinstimmend mit dem, was die Gesetze als Inhalt der einzelnen Verpflichtungen bezeichnen — auf eine Leistung, nicht nur auf einen Leistungsversuch mit der erforderlichen Diligenz (S. 171 ff.). Wird der Leistungserfolg durch Anwendung einer höheren, als der zu prästierenden Sorgfalt herbeigeführt, so ist dennoch nur die Schuld erfüllt und nicht ein aliud geleistet worden[1]). So führt Venulejus (1 stipul., fr. 137, 2 V. O. 45, 1) aus: In der stipulatio Ephesi dari „inest tempus"; d. h. die versprochene

1) Gegen Kleineidam, Unmöglichkeit 14, IheringsJ. 48, 110 ff.

Leistung zu Ephesus wird nicht sofort fällig, es kann nicht sogleich darauf geklagt werden, sondern der Richter hat zu ermessen, „quanto tempore diligens pater familias conficere possit, quod facturum se promiserit“; denn der Schuldner soll weder zu Tag- und Nachtreisen beim ärgsten Wetter gezwungen sein, noch allzu behutsam vorgehen. Erst nach dem Ablauf der hiernach zu bemessenden Frist kann auf die Leistung geklagt werden. — „Quodsi duplomate usus aut felici navigatione maturius quam quisque pervenerit Ephesum, confestim obligatus est, quia in eo, quod tempore atque facto finitum est, nullus est conjecturae locus.“ — Die Leistung wird sonach regelmäßig erst fällig, wenn die für die Reise erforderliche Durchschnittszeit verstrichen ist. Wenn aber der Schuldner durch unnötige Beschleunigung oder durch Glückszufall vor dieser Zeit in Ephesus eintrifft, so wird sie alsbald fällig. Denn die Vermutung über die voraussichtliche Dauer der Reise ist widerlegt; ist diese tatsächlich früher beendet worden, so gibt es nichts mehr zu vermuten. — Also schon vor Ablauf der Zeit, in der nach dem Maßstabe der zu prästierenden Diligenz zu leisten wäre, ist die Schuld fällig, kann geklagt werden, wenn der Schuldner auf die zur Vorbereitung der geschuldeten Leistung dienende Reise eine weit höhere Diligenz verwandt hat. Wäre die Herbeiführung des Leistungserfolges durch erhöhte Sorgfalt keine Schulderfüllung, so wäre diese Entscheidung ganz unmöglich, und es müßte vielmehr mit der Klage auch nach dem verfrühten Eintreffen des Schuldners in Ephesus zur Vermeidung der plus petitio tempore bis zum Ablauf der Durchschnittszeit gewartet werden.

Die „Diligenzpflicht“ ist aber auch nicht gleich der Schuld im Sinne des Leistensollens, das anderenfalls nur auf einen Leistungsversuch mit der nötigen Sorgfalt gerichtet wäre. Sie ist für den Schuldner einer Gattungsleistung, nicht „das zur

Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche" (§ 243 BGB.): Wenn die zu leistenden Sachen vom Schuldner bereits angeschafft und auf Lager genommen sind, aber zufällig zu Grunde gehen, bevor sie an den Gläubiger abgesandt sind, oder bevor dieser (bei Holschulden) zu ihrer Abholung aufgefordert worden ist, so hat der Schuldner alle erforderliche Diligenz aufgewandt, und es ist doch keine Konkretisierung auf die untergegangene Sache eingetreten, weil er noch nicht „das seinerseits Erforderliche" getan hat. — Wenn der Leistungserfolg nur deshalb nicht eingetreten ist, weil der Gläubiger ohne allen Grund die Annahme verweigert hat, so ist gleichwohl das Höchstmaß des Leistensollens nicht erreicht; es geht zwar die Gefahr auf den Gläubiger über, aber so lange die Herbeiführung des Erfolges möglich ist, hat der Schuldner immer noch zu leisten. Das Leistensollen geht also gleichfalls über eine Pflicht zum Leistungsversuch hinaus.

Die „Diligenzpflicht" verdient vielmehr ihren Namen in keiner Weise, und es wäre sehr zu wünschen, daß sie aus dem Sprachgebrauch verschwände, weil sie nur zu schiefen Auffassungen Anlaß geben kann [1]). Was man in Wahrheit mit ihr besagen will, ist, daß der Schuldner für Diligenz einzustehen hat, und dies bedeutet nur, daß er wegen einer trotz Aufwendung der erforderlichen Diligenz ausgebliebenen Erfüllung der Schuld im Sinne des Bekommensollens nicht haftet, d. h. nicht ersatzpflichtig ist [2]). Außerdem hat der Grad der zu

1) Ich habe einmal in einem Urteil die Ersatzpflicht des Mieters, dessen Dienstmädchen beim Fensterputzen eine Scheibe zerbrochen hatte, durch § 278 BGB. begründet gefunden, weil er sich des Mädchens zur Erfüllung seiner Diligenzpflicht bedient habe. Vergl. auch G. Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag S. 22 f., 76 ff.

2) Die von Endemann 1[8], 696 Anm. 28 als Mißgriff gerügte Doppelordnung von der „Sorgfaltspflicht" und der Unmöglichkeit aus ist daher berechtigt und notwendig; verwirrend ist nur die Vorstellung der Sorgfaltspflicht.

vertretenden Sorgfalt nur insofern Bedeutung, als ein Schuldner, der trotz Aufwendung dieser Sorgfalt nicht erfüllt hat, zur Klage keine Veranlassung gegeben hat und daher zwar zu verurteilen, aber im Fall des § 93 ZPO. von den Prozeßkosten befreit ist. Und weiter insofern, als er auch die Vollstreckung dieses Urteils gemäß § 766 ZPO. als verfrüht beanstanden kann, wenn er bisher trotz Anwendung der nötigen Sorgfalt den Leistungserfolg immer noch nicht hat herbeiführen können.

Der Leistungsversuch mit der erforderlichen Sorgfalt ist demnach nicht Erfüllung der Schuld im Sinne des Bekommensollens; sonst müßte er, wenn er erfolglos bleibt, zum Erlöschen der Schuld führen.

Er deckt sich auch nicht mit der Schuld im Sinne des Leistensollens; sonst wäre der Schuldner nicht mehr verpflichtet, wenn er das „seinerseits zur Leistung Erforderliche" getan, besonders wenn der Gläubiger die Annahme der ordnungsgemäß angebotenen Leistung grundlos verweigert hat; der Schuldner soll aber auch hier immer noch leisten.

Sondern die aufzuwendende Diligenz ist nur der Maßstab der Haftung: der Schuldner ist nicht ersatzpflichtig, wenn trotz ihrer Anwendung der Leistungserfolg unmöglich oder sein Eintritt verzögert worden ist. Sie hat begrifflich mit der Schuld im Sinne des Bekommensollens, wie des Leistensollens nichts zu schaffen, aber sie beeinflußt allerdings reflexmäßig deren Intensität: denn die Androhung der Haftung, der Ersatzpflicht — nicht die Haftung selbst — zählt zu den Sanktionen des Leistensollens; sie schließt einen psychischen Zwang in sich, der zur freiwilligen Befolgung der Leistungspflicht anspornt, und der natürlich stärker ist, wenn der Schuldner schon infolge geringer, als wenn er nur infolge grober Fahrlässigkeit eine Ersatzpflicht zu gewärtigen hat. Sie hat auch eine Reflexwirkung auf die Spannkraft des Be-

kommensollens, insofern die Vollstreckung — nach römischem Recht schon die Klage — vom Schuldner zurückgewiesen werden kann, wenn er bisher die nötige Sorgfalt beobachtet hat; infolgedessen kann die Vollstreckung leichter als verfrüht beanstandet werden, wenn nur für grobe, als wenn auch für geringe Fahrlässigkeit eingestanden wird.

§ 8. Zeitweilige Unmöglichkeit vorübergehender Leistungen[1]).

I. Wie bereits dargelegt[2]), faßt man unter dem Namen der vorübergehenden oder zeitweiligen Unmöglichkeit heterogene Dinge zusammen, nämlich die Teilunmöglichkeit dauernder und die zeitweilige Unmöglichkeit vorübergehender Leistungen. Nur von der letzteren ist im folgenden noch die Rede. Sie ist, wenn sie sich auf die ganze Leistung bezieht, nicht wie jene eine partielle, sondern eine vollständige, aber eben nur zeitweilige Unmöglichkeit.

Wo sie vorliegt, ist notwendig auch der objektive Tatbestand des Verzugs begründet. Aber nicht in jedem Verzugsfall handelt es sich um zeitweilige Unmöglichkeit der Leistung. Wenn Planck bei jedem Verzug von einer Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit spricht, so ist das nur insofern nicht unrichtig, als nach Eintritt des Verzuges die rechtzeitige Leistung niemals mehr möglich ist; die (geschuldete) Leistung kann trotz des Verzuges immer möglich gewesen und es auch jetzt noch geblieben sein.

1) Nur mit den Namen der Verfasser zitiert sind in den folgenden Paragraphen die Schriften über Unmöglichkeit der Leistung von Fr. Mommsen, Titze, Kleineidam, Kisch.

2) Oben S. 95 ff., 181 ff.

a) Wenn der Schuldner die am 2. Januar zu zahlenden 100 M. zu Hause bereit hält und hier bis zum 1. März liegen läßt, so ist ihm zwar am 1. März nicht mehr die Leistung am 2. Januar möglich. Aber das Zeitmoment ist hier, anders als bei Dauerverpflichtungen, regelmäßig nicht Individualisierungsmerkmal der Schuld: die Gewährung der Mietsache vom 1. März ab ist nur ein Teil der für den 1. Januar bis zum 31. März geschuldeten Gebrauchsleistung, die Zahlung von 100 M. am 1. März ist trotz ihrer Verspätung immer noch die ganze geschuldete. Da die vorübergehende Leistung in der Regel nur durch ihren Gegenstand individualisiert wird, so ist hier die geschuldete Leistung niemals unmöglich gewesen und auch nach Eintritt des Verzuges noch möglich. — Nicht einmal dann liegt notwendig zeitweilige Unmöglichkeit der Leistung vor, wenn der rechtzeitig unternommene erste Leistungsversuch gescheitert ist; so wenn der Schuldner die zu überbringende Geldsumme auf dem Wege zum Gläubiger verloren, aber zu Hause noch weitere ausreichende Geldmittel bereit hat. Danach liegt trotz des Verzuges keine zeitweilige Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung vor, wenn diese beim Eintritt der Fälligkeit geschehen und später jederzeit nachgeholt werden konnte.

b) Zeitweilige Unmöglichkeit liegt aber vor, wenn der Schuldner die Leistung beim Eintritt der Fälligkeit nicht bewirken und später zeitweise nicht nachholen kann; z. B. wenn er am 1. April Lampen zu liefern hat und durch Brand seiner Fabrik oder durch Arbeiterstreik bis zum 1. Mai verhindert wird, solche zu beschaffen. So auch, wenn der erste Leistungsversuch fehlgeschlagen ist, und ein neuer Versuch zeitweilig unausführbar ist oder keinen Erfolg verspricht; z. B. wenn bei der Herstellung eines Sprengstoffes das Laboratorium durch Explosion zerstört worden ist und vor einem erneuten Versuch

wieder aufgebaut werden muß. — Der objektive Tatbestand des Verzuges ist auch in solchen Fällen gegeben, aber die Sachlage erschöpft sich nicht in ihm: die Leistung ist nicht nur bisher verzögert worden, sondern sie kann auch vor der Hand nicht nachgeholt werden; wenn der Schuldner hierfür einzustehen hat, so ist also nicht nur Verzug, sondern außerdem zeitweilige Unmöglichkeit der Leistung eingetreten.

In den ersteren Fällen kommen selbstverständlich nur die Grundsätze der Leistungsverzögerung zur Anwendung: der Schuldner bleibt jederzeit zur Nachholung verpflichtet, und zwar nur zu ihr, wenn er nicht im Verzug ist; anderenfalls hat er außerdem nach § 286 BGB. Schadenersatz zu leisten. In den letzteren Fällen ist es eine Frage nicht der Logik, sondern nur des positiven Rechts, ob der Tatbestand nur nach den Grundsätzen der Leistungsverzögerung [1]) oder nur nach denen der Unmöglichkeit oder nach beiden zugleich zu beurteilen ist.

Die herrschende Meinung will hier unterscheiden, ob die Unmöglichkeit „von Natur" [2]), ob sie „voraussichtlich" [3]) dauernd oder nur zeitweilig ist. Ersterenfalls soll sie, je nachdem sie der Schuldner zu vertreten hat oder nicht, zur Ersatzpflicht wegen Erfüllungsvereitelung oder zur Befreiung des Schuldners führen. Letzterenfalls soll sie keine „wahre" Unmöglichkeit sein und nur Verzugsnebenansprüche begründen können, im übrigen

1) So Oertmann, Vorbem. §§ 275/280, 5; Crome 2, 124.

2) Planck^{3} Vorbem. §§ 275/290, 2, § 280, 2; Oertmann § 280, 2; Enneccerus 1^{2}, 470 Anm. 3; Kleineidam 95 ff.; dagegen Kisch 22 Anm. 9.

3) So im wesentlichen Kisch a. a. O. und die meisten, wenn auch nicht mit übereinstimmender Formulierung. Kipp-Windscheid 2^{8}, 127 betrachtet als vorübergehend nur Hindernisse, deren künftiger Wegfall gewiß ist. Aber gibt es überhaupt solche, deren Wegfall zu einer Zeit, wo der Gläubiger noch an der Leistung Interesse hat, gewiß ist?

aber den Schuldinhalt unverändert lassen. Hier ist aber die herrschende Meinung nicht konsequent: sie hält diesen Satz nur fest, wenn der Schuldner die zeitweilige Unmöglichkeit zu vertreten hat; anderenfalls behandelt sie diese doch als wahre Unmöglichkeit.

1. Ist die Leistung seit dem Eintritt der Fälligkeit stets möglich gewesen, aber infolge eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes unterblieben, so ist dieser nach § 285 BGB. nicht im Verzug; aber der Gläubiger kann jederzeit auf Erfüllung klagen; denn Ausschluß des Verzuges, wie spätere Verzugsbereinigung und selbst Annahmeverzug des Gläubigers haben unstreitig nicht zur Folge, daß der Schuldner zeitweilig von der Leistungspflicht befreit ist. Wäre nun die zeitweilige Unmöglichkeit keine „wahre", so müßte dies auch gelten, wenn der Schuldner die unterbliebene Leistung einstweilen nicht nachholen kann; er wäre dann auch hier zwar nicht im Verzuge, aber auch nicht zeitweilig von der Leistungspflicht frei; der Gläubiger müßte also ungehindert jederzeit auf Erfüllung klagen können. Hier ist aber die herrschende Meinung[1]) nicht damit zufrieden, daß ein Verzug ausgeschlossen ist; sie nimmt vielmehr außerdem auf Grund des § 275 BGB. einmütig an, daß der Schuldner befreit ist, „soweit", d. h. „so lange" die Unmöglichkeit besteht, daß der Gläubiger also mit einer Klage auf Erfüllung abzuweisen ist. Nur darüber wird gestritten, ob dies ipso jure[2]) oder kraft aufschiebender Einrede[3]) zu geschehen habe. Damit wird die zeitweilige Unmög-

1) Planck 2[3] § 275, 5; Schollmeyer § 275, 1; Staudinger-Kuhlenbeck § 275, 5; Cosack 1[4], 352; Enneccerus 1[2], 470; Titze 149 f.; Kisch 21; Kleineidam 94 f., wohl auch Dernburg 2[3], 140: sie begründe Aufschub der Erfüllung.

2) So Titze a. a. O., meines Erachtens mit Recht.

3) So Kisch a. a. O.

lichkeit als wahre und vollständige, aber eben nur zeitweilige behandelt. — Die herrschende Meinung ist hier gewiß im Recht, und die entgegengesetzte Annahme würde zu ganz unhaltbaren praktischen Ergebnissen führen: Könnte der Gläubiger eine Verurteilung zu der vorläufig unmöglichen Leistung erwirken, so erhielte er damit einen Vollstreckungstitel, und der Schuldner könnte sich der Vollstreckung nur durch Klage gemäß § 767 ZPO. erwehren, ja selbst ihre vorläufige Einstellung nur durch Glaubhaftmachung der Unmöglichkeit und nötigenfalls durch Sicherheitsleistung herbeiführen; dergleichen kann ihm aber offenbar nicht zugemutet werden, da er ja die Unmöglichkeit nicht zu vertreten und deshalb nicht einmal zur Klage, geschweige denn zur Vollstreckung Anlaß gegeben hat.

Während der Unmöglichkeit ist demnach nur eine Klage auf etwaiges „stellvertretendes commodum" (§ 281 BGB.) zulässig[1]), die beim Wegfall der Unmöglichkeit während des Prozesses ohne den Nachteil der Klagänderung (§ 268 Z. 3 ZPO.) nachträglich auf die Urleistung gerichtet werden könnte. Außerdem wäre in seltenen Fällen eine Klage auf künftige Leistung (§ 259 ZPO.)[2]) denkbar; z. B. wenn der Schuldner im Begriff ist auszuwandern, und wenn deshalb zu besorgen ist, daß er sich der rechtzeitigen Leistung beim Wiedereintritt ihrer Möglichkeit entziehen werde.

1) Titze 150 f.

2) Rechtskräftige Verurteilung zur künftigen Leistung genügt für die Fristsetzung gemäß § 283 auch dann, wenn sie unter aufschiebender Rechtsbedingung (S. 91 f.) geschehen ist. Der Nachweis des Eintritts der Rechtsbedingung — hier des Wegfalls der Unmöglichkeit — ist, wie jede andere Voraussetzung der Fälligkeit des Anspruchs, aus dem zur künftigen Leistung verurteilt ist, erst in dem sich der Fristsetzung anschließenden Prozeß über den Geldersatzanspruch zu beweisen, nicht etwa bei der Fristsetzung liquid zu stellen. Mißlingt der Nachweis im Prozeß, so ist die Klage auf Geldersatz abzuweisen, weil die Voraussetzungen des § 283 nicht erfüllt waren.

Ist die Unmöglichkeit „ihrer Natur nach“ oder „voraussichtlich“ dauernd, so sind viele[1]) sogar der Meinung, daß die Befreiung des Schuldners eine endgültige sei, daß also auch unerwarteter Wegfall der Unmöglichkeit die Verbindlichkeit nicht auferwecke. Zu dieser, allerdings dem römischen Recht entsprechenden Annahme zwingt weder § 275 BGB., noch ein logischer oder praktischer Grund. Es kommt vielmehr nur darauf an, ob die Leistung nach ihrem Wiedermöglichwerden noch dem Vertragsinhalt[2]), vor allem noch dem Interesse des Gläubigers entspricht.

2. Wird sonach der vorübergehenden Unmöglichkeit, wenn sie der Schuldner nicht zu vertreten hat, die Befreiungswirkung des § 275 auf Zeit beigelegt, so wird ihr dagegen, wo sie der Schuldner zu vertreten hat, die in § 280 bestimmte Ersatzpflichtwirkung als nur zeitweilige allgemein[3]) abgesprochen. Hier soll sie am Schuldinhalt überhaupt nichts ändern; der Gläubiger soll nur auf die ursprünglich geschuldete, obwohl zur Zeit unmögliche Leistung als gegenwärtige, nicht etwa als künftige klagen können, nicht auf Geldersatz. Einige[4]) nehmen dies sogar bei dauerndem Unvermögen des Schuldners an und begründen es meist damit, daß der gemäß § 280 allerdings entstehende Schadenersatzanspruch nach § 249 S. 1 in erster Linie auf Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes, also im

---

1) So Enneccerus 1^{3}, 470; Kleineidam 95 f. u. a.; dagegen Cosack 1^{4}, 352; Titze 37 Anm. 6; Planck^{3} § 275, 2 (abw. 3. Aufl. § 275, 5).

2) So Dernburg 2^{3}, 140; Crome 2 S. 34, 124, jetzt auch Planck^{3}, Vorbem. §§ 275/90, 2.

3) Planck 2^{3} § 280, 2, OLG. Kiel, Rechtspr. 6, 226 f.

4) Planck 2^{3} § 280, 3; Oertmann § 280, 4; Kleineidam 126; H. A. Fischer, Der Schaden S. 190 ff., 193; Titze, KrVJSchr. 45, 359 f.; Gegner bei Planck a. a. O., ferner Staudinger-Kuhlenbeck 2^{3} §. 280, 2a; OLG. Hamburg, Seuffert 56, 439 ff., Rechtspr. 3, 8.

vorliegenden Fall auf Erfüllung gehe. Aber der hinsichtlich seiner Tragweite noch sehr nachprüfungsbedürftige § 249 S. 1 darf mindestens nicht so weit ausgelegt werden, daß er aus einem Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung das macht, was sein logisches Gegenteil ist und auch im BGB. stets als solches behandelt wird, nämlich einen Anspruch auf Erfüllung [1]. Dieser unmöglichen Denkform entkleidet besagt jene Ansicht, daß auch dauernde subjektive Unmöglichkeit als zeitweilige und deshalb nicht wahre Unmöglichkeit behandelt werde, freilich wieder nur, wenn sie der Schuldner zu vertreten hat.

a) Es wäre nun schon höchst auffallend, wenn die zeitweilige Unmöglichkeit und vollends das dauernde Unvermögen bald als wahre Unmöglichkeit behandelt werden sollten, bald nicht, und zwar je nachdem der Schuldner sie zu vertreten hat oder nicht, also je nach einem Umstande, der doch mit der Frage, ob sie wahre Unmöglichkeiten sind, gar nichts zu schaffen hat. Wenn in dem „soweit" des § 275 für den Fall zeitweiliger Unmöglichkeit ein „so lange" steckt, so muß dies auch in dem ganz entsprechenden „soweit" des § 280 enthalten sein und daraus folgen, daß der Gläubiger Schadenersatz, d. h. hier Geldersatz, fordern kann, solange die Leistung infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich ist.

Auch das praktische Ergebnis der herrschenden Meinung ist zu beanstanden [2]. Der Gläubiger soll danach nur auf die zeitweilig unmögliche, nach manchen auch nur auf die dauernd

1) Dagegen sehr treffend Schöller, Gruchot 45, 580; Kisch 126 f.; zustimmend Endemann 1 [8], 698 Anm. 29.

2) Dernburg 2 [3] S. 139, 142 f., Crome 2, 160 Anm. 25, Kisch 122 polemisieren sehr treffend gegen die Annahme, daß zunächst auf die dauernd unmögliche Leistung zu klagen sei; ihre praktischen Erwägungen treffen aber auch gegenüber der gleichen Annahme für vorübergehendes Unvermögen zu.

subjektiv unmögliche Leistung, nicht auf Geldersatz klagen dürfen; wenn er die rechtskräftige Verurteilung zu dieser unmöglichen Leistung erwirkt habe, solle er dem Schuldner gemäß § 283 BGB. eine Nachfrist zur Erfüllung stellen und nach deren Ablauf Geldersatz wegen Nichterfüllung fordern, d. h. darauf klagen; denn auf Grund der Verurteilung zur ursprünglichen Leistung ist die Beitreibung von Geldersatz nach § 893 ZPO. unmöglich. — Welche Rücksichtnahme auf den Schuldner, der die Unmöglichkeit zu vertreten, also doch meist verschuldet hat! Der Gläubiger hat wohl oft, namentlich bei subjektiver Unmöglichkeit, schon zur Zeit der ersten Klage nicht das Vertrauen, daß sie sich in absehbarer Zeit heben werde. Nur die Rechtsordnung soll den Optimismus des Schuldners teilen und dem Gläubiger die Klage auf Geldersatz selbst dann nicht vor Ablauf einer Nachfrist gestatten, wenn das Unvermögen beim Rechtskräftigwerden des ersten Urteils, vielleicht Jahre nach der Klagerhebung, immer noch fortdauert. Aber auch bei einer „von Natur" vorübergehenden, besonders wieder subjektiven Unmöglichkeit ist nie vorauszusehen, ob sie sich nicht in eine dauernde verwandeln wird [1]). Und wie kann der fernstehende Richter überhaupt beurteilen, ob das Unvermögen gerade des Schuldners voraussichtlich nur ein vorübergehendes ist? Der Schuldner selbst, der infolge von Verlusten seinen Fabrikbetrieb einschränken mußte, mag es ja in bester Meinung erwarten, vielleicht sogar zuversichtlich auf baldige Erweiterung des früheren Betriebsumfanges rechnen; aber „was sind Hoffnungen, was sind Entwürfe". Wer weiß, ob nicht die anscheinend vorübergehende Betriebsstockung zu einer Einstellung für immer führen wird? Warum in aller Welt soll der Gläubiger, obwohl der Schuldner das Unvermögen zu ver-

1) Vergl. Titze, KrVJSchr. 45, 354 ff.

treten hat, mit der Durchführung seines Rechts hingehalten werden, bis sich entscheidet, ob die vermeintlich vorübergehende Unmöglichkeit nicht zur dauernden wird?

Das römische Recht entschied allerdings in diesem Sinne, aber aus prozessualen Gründen und mit Rücksicht auf prozessuale Folgen, die heute nicht mehr zutreffen: die intentio der Formel mußte auf die unmöglich gewordene Leistung gestellt werden, weil es keine passende Formel mit einer die Ersatzpflicht behauptenden intentio gab; also der Formelfassung zuliebe die Fiktion, daß der Anspruch noch auf die ursprüngliche Leistung gerichtet sei, zu der seit dem Wegfall des Formularprozesses kein Grund mehr vorliegt (S. 169 f.). Die condemnatio aber ging nicht auf die unmögliche, sondern auf Geldleistung; das obsiegende Urteil aus dem angeblich noch auf die unmögliche Leistung gerichteten Klaganspruch legitimierte also den Kläger sofort zur actio judicati, zur Beitreibung der Geldleistung durch Exekution. Heute würde aber die Verurteilung auf die unmögliche Leistung gehen, und der Kläger wäre deshalb mit dem Eintritt ihrer Rechtskraft glücklich soweit, zunächst eine Nachfrist bestimmen und dann von neuem klagen zu können.

Die für die herrschende Meinung angeführten praktischen Gründe sind großenteils prozessualer Natur. So die Erwägung, daß der zur Begründung einer Geldersatzpflicht notwendige Beweis des Unvermögens oft nicht zu führen sein wird[1]). Weiter die Uneleganz, die sich zu ergeben scheint, wenn bei einem Wechsel zwischen Möglichkeit und Unmöglichkeit der Anspruch bald auf die ursprüngliche, bald auf Ersatzleistung geht, und wenn auch die richtig auf eins von beiden gestellte Klage nicht die Möglichkeit der Veränderung für die

1) Oertmann § 280, 4.

Zukunft abschneiden könnte. Das vermeidet die herrschende Meinung allerdings, indem sie dem Kläger einen Weg weist, zur endgültigen Verurteilung auf Geldersatz zu gelangen, aber einen ungebührlich langen und zeitraubenden Umweg, auf dem er oft erst dann zum Ziele kommen wird, wenn der Schuldner bankerott ist, oder wenn eine Vollstreckung wenigstens in das kritische Stadium der Anfechtbarkeit fällt.

Die praktischen Bedenken verschwinden meines Erachtens, wenn man die materiellrechtlichen und die prozessualen Fragen genügend auseinanderhält[1]):

Das materielle Recht besagt, wenn man den § 280 ganz wörtlich nimmt: Vom Schuldner zu vertretende dauernde objektive oder subjektive Unmöglichkeit verwandelt den Anspruch für immer, zeitweilige verwandelt ihn auf so lange in einen Geldanspruch, wie sie besteht. Ganz wie ja auch die herrschende Meinung annimmt, daß nicht zu vertretende Unmöglichkeit nach § 275 bald dauernd, bald nur vorübergehend befreit.

Prozessualisch ist aber der Kläger nicht behindert, trotz der Unmöglichkeit auf die ursprüngliche Leistung zu klagen und den ihm von der herrschenden Meinung gewiesenen Weg zu betreten. Denn die nicht offenkundige Unmöglichkeit existiert

1) Das geschieht nicht vollständig in RG. 54, 28 ff., wo anerkannt ist, daß, wenn die Unmöglichkeit bereits feststeht, ein Urteil auf die unmögliche Leistung nicht erlassen werden darf, gleichwohl aber der Schuldner nur zum Beweise der Unmöglichkeit zugelassen werden soll, wenn er sich auf nicht zu vertretendes Unmöglichwerden stützt. Das RG. schneidet damit dem Schuldner unzulässigerweise den Beweis ab, daß etwas von ihm gefordert werde, was er nach dem vom RG. anerkannten materiellrechtlichen Satz nicht schuldet; ob er geltend macht, daß er nichts oder daß er etwas anderes schulde, kann hier so wenig wie sonst die Zulassung zu dem Beweise ausschließen, daß er nicht das Geforderte schulde.

für den Prozeß nicht, solange sie nicht geltend gemacht ist, und wenn sich der Beklagte darauf beruft, desto besser: dann kann der Kläger den Antrag ändern und Geldersatz fordern; der Einwand der Klagänderung steht ihm ja nicht entgegen, wenn er statt des ursprünglich Verlangten etwas anderes fordert, sei es infolge einer später eingetretenen Veränderung oder — nach feststehender Praxis — infolge schuldlos erst später erlangter Kenntnis von der Veränderung (§ 268 Z. 3 ZPO.)[1]. Der vorsichtige Gläubiger wird darum in der Tat oft die Klage auf die ursprüngliche Leistung vorziehen; denn wenn er Geldersatz verlangt und die Unmöglichkeit nicht beweist, hindert ihn der Einwand der Klagänderung, nachträglich die ursprünglich geschuldete Leistung zu fordern, und die Klage ist abzuweisen.

Es besteht aber kein Anlaß, ihn auf diesen Weg zu beschränken. Oft genug läßt sich der Beweis führen, und wenn der Kläger sich dessen von vornherein getraut oder während des Prozesses dazu in die Lage kommt, so ist es unberechtigt, ihm die sofortige Klage auf Geldersatz oder die Aenderung seines zunächst auf die Urleistung gerichteten Klagantrags zu versagen. Die Möglichkeit, daß sich der Sachstand während des Prozesses nochmals ändern könnte, bietet hierzu keinen Grund: wenn das Unvermögen wieder aufhört, und der Beklagte dies geltend macht und beweist, so ist der Kläger allerdings — ohne den Nachteil der Klagänderung — gezwungen, den Klagantrag auf die ursprüngliche Leistung zu richten. Er kommt dann mit dem Urteil nicht weiter, als nach der herrschenden Meinung; aber die danach vor einer neuen Klage auf Geldersatz erforderliche Nachfristbestimmung hat in diesem ihm ungünstigsten Fall ihren guten Sinn; denn da sie nur zu geschehen hat, wenn die Leistung wieder möglich ge-

1) RG. 26, 387; 39, 428; Kisch 127.

worden ist, so hat sie auch Aussicht auf Erfolg, und es besteht nicht nur eine vage Hoffnung, sondern die berechtigte Erwartung, daß jetzt Erfüllung stattfinden und eine neue Klage nicht nötig sein werde. In allen übrigen Fällen ist hingegen der Kläger weit besser daran, als nach der herrschenden Meinung; denn er hat schon am Schlusse des ersten Prozesses eine vollstreckbare Verurteilung zum Geldersatz in Händen, nicht bloß das Urteil auf die immer noch unmögliche Leistung, das zur Vollstreckung unbrauchbar ist und nur einer neuen Klage als Grundlage dienen kann.

Freilich ist noch denkbar, daß die Unmöglichkeit nach der rechtskräftigen Verurteilung zur Geldersatzleistung wieder aufhört. Die Rechtskraft steht weder der Rückverwandlung in einen Anspruch auf die ursprüngliche Leistung entgegen, noch der Geltendmachung dieses Umstandes in einem neuen Prozeß, vorausgesetzt, daß die Aenderung erst nach der Schlußverhandlung eingetreten ist; auch für den umgekehrten Fall, daß nach einem auf die Urleistung gerichteten rechtskräftigen Erkenntnis Unmöglichkeit eintritt, behauptet niemand, daß die Rechtskraft einer Schadenersatzklage entgegenstehe.

Will aber der Schuldner geltend machen, daß der Anspruch infolge nachträglicher Veränderung wieder auf die Urleistung gehe, so muß er jetzt klagen — entweder, wenn das Urteil noch nicht vollstreckt ist, auf Unzulässigerklärung der Vollstreckung, § 767 ZPO. — oder, wenn es schon vollstreckt ist, auf Rückzahlung der beigetriebenen Summe gegen Nachholung der Urleistung; Schadenersatz und deshalb auch Ersatz der Vollstreckungskosten kann er schon aus prozessualen Gründen nicht verlangen, weil dem Titel zur Zeit der Vollstreckung ein mit ihm inhaltlich übereinstimmender Anspruch zu Grunde lag[1];

1) Gaupp-Stein 2⁶ § 717 II 2.

auch vom Standpunkt des materiellen Rechts aus ist das durchaus berechtigt, weil ja die Unmöglichkeit von ihm zu vertreten war.

Oft wird der Schuldner eine solche Klage schwerlich anstellen wollen. Meist wird auch keine Rückverwandlung des Ersatzanspruchs stattfinden, weil der Gläubiger infolge des — unter den Voraussetzungen des § 280 stets vorliegenden — Schuldnerverzuges an der Leistung kein Interesse mehr haben wird, § 286, 2 BGB. Sollte er dies Interesse beim Rechtskräftigwerden der Verurteilung zum Geldersatz doch einmal noch haben, so wird er gegen Erfüllung der ursprünglichen Schuld regelmäßig ohne Klage bereit sein, die Einstellung der Vollstreckung zu bewilligen oder die beigetriebene Geldsumme zurückzuzahlen. Jene Klage des Schuldners wird deshalb nur in äußerst seltenen Fällen vorkommen, und trotz ihrer prinzipiellen Zulässigkeit wären die Prozesse weniger zahlreich und das Ergebnis besser, als wenn der Gläubiger entweder selbst zweimal, erst auf die unmögliche Leistung und dann auf Geld zu klagen oder mit der Klage auf Ersatz zu warten hätte, bis sich die Unmöglichkeit als dauernde herausgestellt oder bis er jedes Interesse an der ursprünglichen Leistung verloren hat. Gegen die übereilte Beitreibung von Geldersatz während einer wirklich nur kurzzeitigen Unmöglichkeit ist der Schuldner schon durch die Prozeßdauer geschützt; eine Unmöglichkeit, die bis zur Rechtskraft des auch im kürzesten Prozeß ergangenen Urteils noch nicht gehoben ist, dauert schon so lange, daß sich hier die Klage des Gläubigers als nicht übereilt herausgestellt hat.

Es ist endlich überhaupt kein gesunder Gedanke[1]), der Unmöglichkeit, je nachdem sie dauernd oder vorübergehend ist, eine nicht nur der Zeitdauer nach verschiedene materiellrechtliche

1) Vergl. auch Titze 37 Anm. 6.

Wirkung beizulegen. Die Römer mußten zu dem Notbehelf greifen, der voraussichtlich dauernden Unmöglichkeit die Wirkung endgültiger Verwandlung in einen Anspruch auf Geldersatz, der voraussichtlich vorübergehenden gar keine schuldverändernde Wirkung zuzuschreiben; denn da nur Geldkondemnation stattfinden konnte, hätten sie sonst entweder die Klage auch da, wo die Unmöglichkeit voraussichtlich nie wegfallen wird, suspendieren, oder sie hätten auch da, wo sie voraussichtlich sehr bald wegfallen wird, die sofortige, endgültig zur Geldkondemnation führende Klage zulassen müssen. Der heutige Prozeß gibt aber zu einer entsprechenden Unterscheidung keinen Anlaß mehr, da er es ermöglicht, nicht nur den anfangs auf Ersatzleistung gerichteten Klagantrag wegen einer späteren Veränderung nachträglich auf die Urleistung zu richten, sondern auch eine nach Rechtskraft der Verurteilung zum Geldersatz eintretende Veränderung noch durch Klage geltend zu machen. Nimmt man für das heutige Recht an, daß die voraussichtlich vorübergehende Unmöglichkeit den Anspruch nicht verändere, die voraussichtlich dauernde ihn endgültig in einen Geldanspruch verwandle, so verlangt man vom Richter etwas, was auch nach einem ihm das freieste Ermessen gewährenden Prozeßrecht nicht zu seinen Aufgaben gehört, nämlich einen Blick in die Zukunft. Die Folge müssen notwendig unrichtige, und zwar unverbesserlich unrichtige Entscheidungen sein: Wird die Klage auf Geldersatz rechtskräftig abgewiesen, weil die Unmöglichkeit nach Ansicht des Gerichts nur eine zeitweilige ist, so steht, wenn sie sich nachher als dauernd herausstellt, einer neuen Klage auf Geldersatz die Rechtskraft des ersten Erkenntnisses entgegen: die Klage ist ja nicht nur angebrachtermaßen, als verfrüht abgewiesen worden, sondern als sachlich unberechtigt, weil nach der Feststellung des Urteils ein Geldanspruch nicht bestand und nur durch eine später eintretende

Veränderung, z. B. gemäß § 283 BGB., entstehen konnte. Die neue Klage macht aber nicht eine solche nachträgliche Veränderung geltend, sondern sie stützt sich darauf, daß die Beurteilung im ersten Erkenntnis unrichtig, daß die darin als vorübergehend festgestellte Unmöglichkeit in Wahrheit schon eine dauernde gewesen sei, daß der abgewiesene Anspruch schon zur Zeit der Schlußverhandlung als Geldanspruch bestanden habe, die Klagabweisung also schon damals zu Unrecht erfolgt sei.

b) Bei gegenseitigen Verträgen ist der Gläubiger nach § 325 BGB., wenn die Leistung durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand unmöglich wird, zum sofortigen Rücktritt, dagegen nach § 326, wenn die Leistung möglich geblieben, aber infolge eines dem Schuldner zur Last fallenden Umstandes nicht erfolgt ist, nur zur Ablehnung der Leistung unter Nachfristbestimmung, und nach fruchtlosem Ablauf der Frist zum Rücktritt oder zur Schadenersatzforderung berechtigt. Hält man die voraussichtlich oder von Natur vorübergehende Unmöglichkeit nicht für eine wahre, so hat der Gläubiger, wenn sie vorliegt, immer nur das Ablehnungsrecht des § 326. Hält man sie für eine wahre und vollständige, aber eben vorübergehende, so bleibt ihm dies gleichfalls, weil ein Schuldner, der sie zu vertreten hat, auch mit der Leistung im Verzug ist. Der Gläubiger hat aber dann außerdem die Befugnis zum sofortigen Rücktritt gemäß § 325, der nur mit dem später wirklich eintretenden Wegfall der Unmöglichkeit wirkungslos wird[1]). Er kann deshalb beide Erklärungen folgendermaßen kombinieren: „Ich trete wegen der vorliegenden Leistungsunmöglichkeit zurück. Für den Fall, daß diese keine dauernde sein sollte, verlange ich die Leistung binnen einer Woche und lehne nach Ablauf dieser Frist ihre Annahme

1) A. M. auch Cosack 1^5, 352.

ab." Besteht dann nach Ablauf der Frist die Unmöglichkeit noch fort, so ist der vom Augenblick seiner Erklärung ab wirksame Rücktritt endgültig geworden. Ist sie inzwischen gehoben und die Leistung doch nicht erfolgt, so ist die Ablehnung in Kraft getreten, und der Gläubiger hat die Wahl zwischen erneutem Rücktritt und Schadenersatzforderung. — Auch hier ist also, wenn man die zeitweilige Unmöglichkeit als wahre behandelt, das Ergebnis ein durchaus zweckmäßiges; denn es ist mindestens kein Fehler, wenn dem Gläubiger neben der ihm nach der herrschenden Meinung allein zustehenden Ablehnungsbefugnis des § 326 noch das Rücktrittsrecht des § 325 zugestanden wird.

§ 9. Ursprüngliches Unvermögen zur Leistung.

In der Pandektenlehre sind die Neueren[1]) darüber einig, daß ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung als objektive Nichtigkeit des Vertrags zur Folge hat, als subjektive nicht; hier soll der Schuldner vielmehr verpflichtet sein, dem Gläubiger statt der ihm unmöglichen Leistung das Interesse zu vergüten.

§ 306 BGB. besagt ebenfalls, daß ein auf (objektiv) unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig ist, woraus mittelst eines, zumal im Hinblick auf § 275 unabweisbaren argumentum e contrario folgt, daß ein auf subjektiv unmögliche Leistung gerichteter gültig sein muß.

Aber nach römischem, wie nach heutigem Recht führt nur ein unzulässiger Sprungschluß aus der Gültigkeit des Vertrags zu dem Satze der herrschenden Meinung, daß der Schuldner bei ursprünglichem Unvermögen ohne Rücksicht auf sein Verschulden schadenersatzpflichtig sei. Die Gültigkeit des Vertrags

1) Windscheid-Kipp 2[8] §§ 264, 315 Anm. 3; Dernburg 2[7] § 16 Anm. 12 e. cit.

hat auch ohne diesen Satz guten Sinn, einmal den, daß der Schuldner für den Fall des Aufhörens der Unmöglichkeit zur ursprünglichen Leistung, und weiter den, daß er, wenn das Unvermögen auf einem schon nach allgemeinen Grundsätzen von ihm zu vertretenden Umstand beruht, zum Schadenersatz verpflichtet ist.

Den Unbilligkeiten, zu denen der bekämpfte Satz führt, bricht zwar auch die herrschende Meinung möglichst die Spitze ab, indem sie die objektive Unmöglichkeit nicht ganz beim Worte nimmt und ihr eine Schwierigkeit, deren Ueberwindung nach Treu und Glauben von niemandem erwartet werden darf, gleichstellt. Das ist gewiß für jede Rechtsordnung am Platze; denn keine wird dem Schuldner zumuten wollen, etwa auch die in einem gesunkenen Unterseeboot befindliche Sache zu leisten oder wegen ihrer Nichtleistung das Interesse zu vergüten. Aber die einschränkende Auslegung der Unmöglichkeit reicht nicht aus, um die Unbilligkeit des Satzes zu beseitigen.

I. Ueber die Behandlung der subjektiven Unmöglichkeit im römischen wie im heutigen Recht gibt es zwei einander unvermittelt gegenüberstehende Ansichten.

Nach der am ausführlichsten von Fr. Mommsen[1]) begründeten herrschenden Meinung soll die ursprüngliche subjektive Unmöglichkeit in der Regel nicht als „wahre" gelten, was bisweilen damit motiviert wird, daß sie ihrer Natur nach regelmäßig eine nur zeitweilige sei[2]); nur in Ausnahmefällen, für die ein einheitliches Prinzip fehle, werde sie doch als wahre behandelt.

Nach der entgegengesetzten, auf G. Hartmann[3]) zurück-

---

1) Unmöglichkeit S. 12 ff., 220 ff.; Interesse 90 ff.; Mora 407 f.; Erörterungen 2, 87 f. A. 2.

2) Mommsen 19, einschränkend Mora 407.

3) Obligation 2 §§ 9—11; IheringsJ. 22, 417 ff.

gehenden Meinung soll der Satz „impossibilium nulla obligatio“ nicht grundlegendes Prinzip, die Scheidung von wahrer und unwahrer Unmöglichkeit eine willkürliche Fiktion sein und nur je nach der Natur der einzelnen Obligation festgestellt werden können, welchen Grad von Schwierigkeiten der Schuldner zu überwinden verpflichtet sei.

Auch nach dem Recht des BGB. teilt die herrschende Meinung die Auffassung Mommsens; doch hat die Hartmanns gleichfalls Vertreter gefunden[1]).

In jeder von beiden steckt ein richtiger Kern, aber jede ist nur für grundverschiedene Dinge zutreffend. Die Mommsens insofern, als bei jeder Obligation die Ueberwindung gewisser zwischen Entstehung der Schuld und Erfüllung liegender Hindernisse zum Inhalt der Schuld im Sinne des Leistensollens, des dem Schuldner obliegenden Leistungsverhaltens gehört, als aber diese Hindernisse je nach der Beschaffenheit des letzteren sehr verschiedenartig sein können. Die Hartmanns insofern, als Nichtüberwindung der Hindernisse nicht schlechthin zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet, sondern nur unter den subjektiven Voraussetzungen der Haftung; diese sind nicht bei allen Obligationen die gleichen, sondern je nach dem Haftungsgrade verschieden; was aber nicht eine Verschiedenheit des Inhaltes der Schuld, sondern nur reflexiv eine solche ihrer Intensität zur Folge hat[2]).

1. Nach der Verschiedenheit der zum geschuldeten Verhalten gehörigen Ueberwindung von Hindernissen ergeben sich zwei Gruppen von Schulden; die eine umfaßt Verschaffungs- und Herstellungspflichten (S. 115 f.), die andere Herausgabe- und Dienstpflichten.

1) Ubbelohde, ArchCivPrax. 85, 118 ff.; W. Stintzing das. 466 f.; Kleineidam, Unmöglichkeit 14 ff., IheringsJ. 43, 110 ff.; Crome 2, 65.

2) Vergl. oben S. 215 f.

a) α) Ist der Auftrag erteilt, dem Mandanten Eigentum an der Sache eines Dritten zu verschaffen[1]), so liegt nicht um deswillen Unvermögen zur Erfüllung vor, weil jene nicht dem Beauftragten gehört; der geschuldete Erfolg ist ja die Verschaffung vom Dritten, also eine Leistung, die gerade dann unmöglich wäre, wenn die Sache schon einer der Parteien gehörte.

Ebenso ist die Verpflichtung aus Werkvertrag zum Bau eines Hauses nicht deshalb vorläufig unmöglich, weil das Haus noch nicht steht[2]); im Gegenteil, sie wäre unmöglich, wenn es schon stände.

Hier ist also die Ueberwindung der Schwierigkeiten einer Anschaffung oder Herstellung hauptsächlicher oder ausschließlicher Inhalt des geschuldeten Verhaltens, und Unmöglichkeit des geschuldeten Erfolges liegt nur vor, wenn die ihm entgegenstehenden Hindernisse für jedermann oder für den Schuldner unüberwindlich sind; wenn der Eigentümer (z. B. ein Museum das Gemälde) nicht verkaufen will, wenn der Unternehmer nicht die für die Werkausführung notwendigen Fähigkeiten hat.

β) Um den wirtschaftlichen Zweck des Auftrags zur Verschaffung einer fremden Sache auf andere Weise zu erreichen, können die Parteien auch sofort über die Sache als fremde einen Kauf abschließen. Dann ist zwar die Anschaffung nicht hauptsächlicher Inhalt des geschuldeten Verhaltens, auch nicht klagbarer und selbständiger Bestandteil des geschuldeten Erfolges, aber doch notwendiger, obwohl unselbständiger Bestandteil des geschuldeten Verhaltens. Auch hier ist daher der geschuldete Erfolg nicht deshalb vorläufig un-

1) Nicht, wie der häufigere Typus ist, zum Kauf für den Auftraggeber, unten c.

2) A. M. Titze 221 Anm. 16; dagegen auch Kisch, KrVJSchr. 44, 545.

möglich, weil die Sache einem Dritten gehört; im Gegenteil, er wäre so, wie versprochen ist, als Leistung einer fremden Sache, unmöglich, wenn diese schon dem Verkäufer gehörte. Unmöglichkeit liegt also nur vor, wenn der Eigentümer sie nicht hergeben will.

Dem wirtschaftlichen Zweck des Werkvertrags kann auch der sog. Werklieferungsvertrag (§ 651 BGB.) dienen, der als Kaufvertrag[1]) über eine herzustellende Sache aufzufassen ist und so gemeint sein kann, daß eine bereits hergestellte Sache nicht geleistet werden darf. Dann ist wieder der geschuldete Erfolg nicht unmöglich, weil die Sache noch nicht hergestellt ist, sondern er wäre unmöglich, wenn sie bereits hergestellt und unvertretbar wäre. Ebenso steht es beim Verlagsvertrag über ein erst zu verfassendes unvertretbares Werk, § 11 des Verlags-Ges., wenn er den Sinn hat, daß ein schon verfaßtes nicht geleistet werden darf.

γ) Ist eine Sache schlechthin verkauft, so ist der Verkäufer nach römischem Recht zur Verschaffung des Besitzes und Genusses, des habere[2]), nach § 433 S. 1 BGB. zu der des Besitzes[3]) und des Eigentums verpflichtet. Die

1) Bekanntlich bei den Römern herrschende Meinung: Gai. 3, 147 — § 4 J. de loc. 3, 24; Windscheid-Kipp 2[8] § 401, 3; Dernburg, Pand. 2[7] § 113; heute streitig, vergl. Planck § 651, 1; Dernburg 2 § 325; Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag 24 ff.

2) Nicht des habere licere, das nur mit dem Eigentum oder mit der Zustimmung des Eigentümers zum dauernden habere verschafft werden könnte; auch nicht des dauernden habere, da die Verpflichtung des Verkäufers anders als die des Vermieters nicht auf Dauerleistung geht; der Verkäufer ist nur zu vorübergehender Leistung, zur Verschaffung des habere verpflichtet, aber er hat für dauerndes habere einzustehen, evictionem praestare, d. h. Ersatz zu leisten, wenn dem Käufer das habere als illicitum wieder entzogen wird.

3) § 433 sagt weder Besitzherausgabe noch Besitzverschaffung, sondern indifferent Uebergabe; geschuldet ist meist Be-

Verschaffung kann nicht nur geschehen, wenn Besitz und Eigentum an der Sache schon dem Verkäufer, sondern auch, wenn sie noch einem Dritten zustehen; und zwar nicht nur dadurch, daß sie der Verkäufer zunächst selbst erwirbt und dann dem Käufer überträgt, sondern auch dadurch, daß er den Dritten vermag, sie diesem unmittelbar zu übertragen. Die Verschaffung aus dritter Hand gehört freilich nicht, wie im Falle β, stets, sondern nur dann notwendig zum Inhalt des geschuldeten Verhaltens, wenn der Verkäufer die Sache noch nicht hat; da aber der geschuldete Erfolg sowohl eine Verschaffung aus eigener, wie eine solche aus fremder Hand umfaßt, so liegt auch hier nicht schon deshalb Unvermögen vor, weil nur die Leistung aus eigener Hand nicht möglich ist.

Wird ein Werklieferungsvertrag ohne den Willen geschlossen, daß die Sache notwendig erst hergestellt werden müsse [1], so hat der Schuldner die Wahl, ob er eine ohnehin eben von ihm gefertigte, freilich keinen sog. „alten Ladenhüter" leisten oder eine neue Sache herstellen und leisten will. Hat ein Autor einem Verleger versprochen, in bestimmter Frist einen Roman zur Veröffentlichung in der Zeitung zu liefern, so hat er die Wahl, ob er einen ohnehin eben vollendeten, freilich kein veraltetes Jugendwerk, dazu hergeben oder einen neuen schreiben will. Der geschuldete Erfolg ist hier nicht nur dann möglich, wenn eine dem Vertrag entsprechende Sache oder ein geeignetes Manuskript schon vorhanden ist; denn für den Fall, daß sie nicht schon fertig sind oder daß der Schuldner die vorhandenen

sitzverschaffung, aber nicht immer; bei Verkauf einer beim Dieb befindlichen Sache hat möglicherweise der Verkäufer nur das Eigentum durch Abtretung des Herausgabeanspruchs zu verschaffen (§ 931 BGB.) und den etwa durch Rückgabe seitens des Diebes an ihn gelangenden Besitz zu übertragen, nicht den ihm nicht zustehenden Besitz nach vorgängiger Rückforderung vom Diebe u verschaffen.

1) Vergl. Emerich, a. a. O. 8, 12.

nicht leisten will, ist ja das geschuldete Verhalten eben die Leistung nach vorgängiger Herstellung. Vom Werklieferungsvertrag sagt darum § 651 BGB., daß die Verpflichtung auf Besitz- und Eigentumsverschaffung „an der hergestellten Sache“, nicht etwa auf Herstellung und Verschaffung gerichtet sei.

Die Anschaffung oder Herstellung ist sonach in den Fällen unter α) hauptsächlicher oder ausschließlicher, in denen unter β) notwendiger, in denen unter γ) möglicher Bestandteil des geschuldeten Verhaltens. Zum geschuldeten Erfolg gehört sie in den ersten Fällen wieder hauptsächlich oder ausschließlich, in den zweiten nur als unselbständiger und klagloser[1]) Bestandteil, in den dritten überhaupt nicht; in den ersten ist sie Inhalt eines klagbaren, in den zweiten eines indirekten[2]), in den dritten gar keines Bekommensollens. In den Fällen unter α) kann auf facere, auf Anschaffung oder Herstellung geklagt werden, auf die erstere freilich nur in Verbindung mit der außerdem geschuldeten Uebertragung des Eigentums an der angeschafften Sache; die Vollstreckung geschieht durch Ermächtigung, die Handlung durch einen Dritten vornehmen zu lassen, oder durch Strafandrohung (§§ 887, 888 ZPO.). In den Fällen unter β) und γ) kann nur auf dare, auf Leistung der

---

1) Prot. 2, 340; Planck § 651, 4 a. E.; Emerich, a. a. O. 36; a. M. Ochß, Begriff und rechtliche Natur der nach § 651 des BGB. zu beurteilenden Vertragsverhandlungen (Leipz. Diss. 1903), S. 18 ff., 27, und anscheinend Crome 2, 704; für unvertretbare Sachen auch Dernburg 2, 447 f.

2) Vergl. Prot. 2, 340; Emerich, a. a. O. 36, wo die Herstellungspflicht nach § 651 gleichfalls als mittelbare bezeichnet wird. Es macht aber noch einen Unterschied, je nachdem die Herstellung Bestandteil des geschuldeten, schrittweise zu verwirklichenden Erfolges (β) oder für diesen überhaupt entbehrlich ist (γ); nur im ersten Fall liegt eine indirekte, d. h. schon für sich allein auf einen Erfolg gerichtete Pflicht vor (oben S. 174 f.), im letzteren ist die Herstellung nur möglicher Bestandteil des geschuldeten Leistungsverhaltens.

Sache oder des Manuskriptes geklagt werden, und die Vollstreckung kann nicht gemäß §§ 887 f., sondern nur gemäß § 883 ZPO. durch deren Wegnahme geschehen; sind sie noch nicht hergestellt, so bleibt dem Gläubiger nur die Klage auf das Interesse (§ 893 ZPO.), der nötigenfalls eine Fristsetzung gemäß § 283 BGB. vorauszugehen hat.

Da aber die Herstellung überall mindestens eventuell zu dem geschuldeten Verhalten gehört, so ist der geschuldete Erfolg in allen drei Fällen nicht schon dann subjektiv unmöglich, wenn die zu verschaffende Sache dem Schuldner noch nicht gehört oder das Werk noch nicht hergestellt ist, sondern nur wenn dieser zur Anschaffung oder Herstellung unfähig ist.

b) Bei Herausgabe- und Dienstpflichten gehören dagegen Anschaffung und Herstellung niemals zum geschuldeten Verhalten. Deshalb kommt hier immer nur objektive Unmöglichkeit in Frage.

Wer sich zur Herausgabe einer Sache verpflichtet, verspricht damit nicht eventuell die ihm vielleicht mögliche Verschaffung des Besitzes aus dritter Hand. Er verspricht also nichts, wenn er sie beim Vertragsschluß nicht hat, und nur unter aufschiebender Bedingung, wenn er sich für den Fall ihrer späteren Erlangung verpflichtet. Ist vereinbart, daß die Uebergabe auch dann erfolgen solle, wenn die Sache im Besitz eines Dritten ist, so liegt eine Pflicht nicht zur Herausgabe, sondern zur Verschaffung des Besitzes vor. Bei Herausgabepflichten ist deshalb subjektive Unmöglichkeit nicht denkbar: die Leistung ist möglich, wenn der Schuldner die Sache hat, objektiv unmöglich, wenn er sie nicht hat; ein Vertrag auf Herausgabe von etwas, was man nicht hat, ist nach § 306 BGB. nichtig; er kann nur gemäß § 308 als aufschiebend bedingter geschlossen werden. Auch wenn der Schuldner die Garantie dafür übernimmt, daß er die Sache habe, ist der Hauptvertrag

nichtig und nur das zur Interesseleistung, d. h. Geldleistung verpflichtende Garantieversprechen gültig.

Wer sich zur Dienstleistung verpflichtet, verspricht damit nicht, für den Fall seiner ursprünglichen oder später eintretenden Unfähigkeit einen Ersatzmann zu stellen. Das folgt nicht nur aus der regelmäßig persönlichen Natur der Dienstleistung, sondern es gilt auch, wo es auf persönliche Vornahme nicht ankommt. Wer sich zu einem Dienste verdingt, verspricht nur was er hat, d. h. nur den Dienst, den er selbst zu leisten denkt, nur „die Gewährung des Gebrauchs der Arbeitskräfte“ [1]). Der Unterschied zwischen Dienst- und Werkverpflichtung besteht nicht darin, daß jene anders als diese nicht auf Herstellung eines Erfolges gerichtet wäre [2]); es gibt überhaupt keine Verpflichtungen, die nicht auf einen solchen gingen; der Erfolg ist meist ein Bekommen des Gläubigers, bei Verpflichtungen zur Leistung an einen Dritten auch Bekommen eines Nichtgläubigers, bei solchen aus Auflage unter Umständen gar kein Bekommen, aber doch immer ein Erfolg. Der Unterschied besteht vielmehr darin, daß der geschuldete Erfolg bei Werkverpflichtungen notwendig oder eventuell ein produktiver, d. h. die Verschaffung eines möglicherweise beim Schuldner noch nicht vorhandenen Wertes ist, beim Dienstvertrag nur die Ueberlassung des in der Arbeitskraft des Schuldners schon vorhandenen Wertes zum Gebrauch an den Gläubiger. Es liegt deshalb nicht eine Dienst-, sondern eine Werkverpflichtung vor, wenn dem Gläubiger versprochen wird, daß er den Erfolg der Dienstleistung unter allen Umständen erhalten [3]), daß er etwa ein Jahr lang nicht ohne Reit-

1) Crome 2, 642.

2) Vergl. Lotmar, Arbeitsvertrag 1, 92; Eck-Leonhard, Verträge 1, 510 Anm. 1; Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag 42 ff.

3) Vergl. G. Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag 12.

knecht sein, daß seine Kinder, solange er verreist ist, nicht ohne Aufsicht bleiben sollen, u. dergl. Dem steht nicht entgegen, daß nach § 613 BGB. die Dienste nur im Zweifel persönlich zu leisten sind, daß also ein Dienstvertrag im Sinne des BGB. auch vorliegen kann, wenn es auf das persönliche Moment nicht ankommt. Denn damit ist, wie § 616 zeigt, nicht gemeint, daß der Schuldner im Falle seiner Unfähigkeit oder Behinderung für anderweite Beschaffung zu sorgen hätte, sondern nur, daß er berechtigt sein soll, sich einer Hilfsperson zu bedienen und sich vertreten zu lassen. Diesen Sinn hat z. B. die Vereinbarung, daß ein Oberkellner an je einem Tage der Woche beurlaubt sein soll, wenn er einen Vertreter stellen werde. Er ist hierzu nicht — auch nicht einmal indirekt — verpflichtet, sondern nur für den Fall berechtigt, daß er von seinem Urlaub Gebrauch machen will. Vereinbarungen dieser Art begründen also nicht eine Verschaffungspflicht.

Die Erfüllung der Dienstpflicht kann demnach, auch wenn es nicht auf persönliche Leistung ankommt, niemals subjektiv, sondern nur objektiv unmöglich sein[1]); im Fall ursprünglicher Unfähigkeit ist der Dienstvertrag nach § 306 nichtig und nur gemäß § 307 eine Pflicht zum Ersatz des negativen Interesses, im Fall der Garantieübernahme eine solche zum vollen Schadenersatz begründet. Eine solche liegt natürlich als stillschweigende in jeder Zusage eines Dienstes, der erkennbar eine besondere Fähigkeit voraussetzt[2]), z. B. des Sprachlehrers oder Bergführers. Wenn sich darum etwa ein Krüppel ohne Arme als Lastträger verdingt, so ist der Dienstvertrag wegen objektiver Unmöglichkeit der Dienstleistung nichtig, aber die stillschweigend damit verbundene Garantieübernahme für die Fähigkeit gültig.

1) Vergl. Titze 67.

2) Vergl. Hölder, KrVJSchr. 45, 233.

c) In Ermangelung einer besseren Bezeichnung sollen die Verpflichtungen der ersten Gruppe vorläufig Produktionsverpflichtungen genannt werden, sofern die Volkswirtschaftslehre heute auch die Tätigkeit des Händlers als produktive, die Verschaffung von Werten aus dritter Hand als Produktion ansieht, die der zweiten Uebertragungsverpflichtungen, sofern auch der Dienstpflichtige den bei ihm schon vorhandenen, in seiner Arbeitskraft steckenden Wert dem Berechtigten zu dessen Verwendung übertragen, nicht ihm einen erst durch Arbeitsleistung neu herzustellenden oder einen in der Arbeitskraft eines Dritten steckenden Wert zu verschaffen hat.

Der Unterschied zwischen beiden Gruppen[1]) besteht nun nicht etwa darin, daß nur die ersten zur Ueberwindung von Hindernissen verpflichten; auch Herausgabe einer Sache kann die oft schwierige Ueberbringung erfordern, auch Dienstleistung, die wegen der örtlichen Verhältnisse oder der Witterung (Wildheuer, Jäger) oft sehr schwierige Ueberwindung des Weges an den Ort, wo sie geschehen soll. Sondern nur darin, daß Produktionspflichten auf Leistung von etwas gehen, was der Schuldner noch nicht zu haben braucht, Uebertragungsverpflichtungen auf Leistung von etwas, was er schon hat.

Bei beiden Gruppen liegt objektive wie subjektive Unmöglichkeit nicht schon vor, wenn die nach dem Schuldinhalt zu überwindenden Schwierigkeiten noch nicht überwunden sind, sondern nur, wenn sie nicht überwunden werden können. Für Herausgabe- und Dienstpflichten ist wohl noch niemals behauptet worden, daß ihre Erfüllung unmöglich sei, weil die

1) Meines Erachtens lassen sich alle Verpflichtungen in einer von beiden unterbringen; Unterlassungspflichten sind Verschaffungspflichten, wenn auch Unterbleiben einer Zuwiderhandlung durch Dritte, Uebertragungspflichten, wenn nur Unterbleiben einer solchen des Schuldners versprochen ist.

im Hause des Schuldners befindliche Sache dem Gläubiger noch nicht überbracht sei, weil der Dienstpflichtige sich noch nicht am Ort der Dienstleistung befinde; Unmöglichkeit tritt erst ein, wenn die Sache unterwegs gestohlen, wenn dem Dienstpflichtigen durch Hochwasser der Weg zum Erfüllungsort abgeschnitten wird. Ganz entsprechend verhält es sich bei den Produktionspflichten. Für den Auftrag zur Verschaffung einer fremden Sache behauptet auch hier niemand, daß Unmöglichkeit der Erfüllung vorliege, weil die Sache nicht dem Beauftragten gehöre. Für den Verkauf einer fremden Sache wird dies dagegen allgemein behauptet, aber mit Unrecht; auch die Pflicht des Verkäufers geht wie jede Verschaffungspflicht nicht schon dann auf Unmögliches, wenn die Sache einem Dritten gehört, sondern nur, wenn dieser nicht zu ihrer Hergabe zu bewegen ist. Nimmt man das Gegenteil an, so identifiziert man Nichterfülltsein mit Unmöglichkeit der Erfüllung und gelangt damit, weil es eine Erfüllung ohne Ueberwindung irgend welcher Schwierigkeiten überhaupt nicht gibt, folgerichtig zu dem augenscheinlich falschen Ergebnis, daß bei jeder Verpflichtung so lange Unmöglichkeit der Erfüllung vorliege, wie sie noch nicht erfüllt ist; nachdem sie aber erfüllt ist, liegt erst recht und für immer Unmöglichkeit der Erfüllung vor.

Gegen die Verwechslung der bei jeder Obligation vorhandenen Schwierigkeiten, deren Ueberwindung Schuldinhalt ist, mit der Unmöglichkeit wendet sich fr. 137, 4 de V. O. 45, 1 (Venulejus 1 stip.)[1]):

Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit confestim teneatur an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre[2]) possit; quid ergo, si neque domi habet

1) Savigny, Obligationenrecht 1, 385; Hartmann 205 f.

2) Der geschuldete Erfolg ist auch hier durch das Passiv dari, die zu seiner Herbeiführung erforderliche Erfüllungshandlung durch das Aktiv conferre, dare bezeichnet.

neque inveniat creditorem? sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi. est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum quae promittuntur. et alioquin si quis Stichum dari spoponderit, quaeremus ubi sit Stichus: aut si non multum referre videatur „Ephesi daturum se“, an, quod Ephesi sit, cum ipse Romae sit, dare spondeat: nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet, quia in pecunia et in Sticho illud commune est, quod promissor in praesentia dare non potest. et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, ne incipiat dici eum quoque dare non posse, qui alienum servum quem dominus non [1]) vendat dare promiserit.

Auch zur Erfüllung der auf centum oder Stichum dari gerichteten Stipulationsschuld bedarf es der Ueberwindung von Schwierigkeiten, die nur hier nicht immer so offen zu Tage liegen, wie bei der auf Ephesi dari oder alienum hominem dari gerichteten; überall aber, wo ihre Ueberwindung möglich und zum dari, der geschuldeten Eigentumsverschaffung not-

1) Ist das non nicht interpoliert oder gar Glossem, so muß der Schluß dahin verstanden werden, daß die Unmöglichkeit bei Unverkäuflichkeit des Sklaven keine objektive ist. Der Sinn wird aber augenscheinlich besser, wenn man das non streicht. Am Schluß soll doch ein Beispiel gegeben werden, das durch die offenbare Unrichtigkeit der Annahme einer Unmöglichkeit die vorigen bekräftigt: die Leistung von 100 ist möglich, obwohl das Geld nicht gleich bereit liegt, die Leistung des Stichus, obwohl dieser bei der Stipulation nicht zugegen ist, die Leistung zu Ephesus, obwohl der Schuldner noch nicht dort ist. Wollte man hier Unmöglichkeit annehmen, so müßte man sich auch auf die Behauptung gefaßt machen (ne incipiat dici), daß bei Stipulation eines fremden, obwohl verkäuflichen Sklaven Unmöglichkeit vorliege. — Ist der Sklave unverkäuflich, so ist der Fall doch viel zweifelhafter als die vorigen, und diese könnten eher zu seiner Bekräftigung dienen, als umgekehrt. Vergl. aber auch unten S. 255.

wendig ist, liegt nicht Unmöglichkeit der Leistung, sondern nur größeres oder geringeres incommodum debitoris vor.

Als Beleg für den Gegensatz von Verschaffungs- und Herausgabepflicht im römischen Recht sei noch folgendes angeführt [1]):

Der Kauf begründet eine Verschaffungspflicht des Verkäufers, die sich aber in eine bloße Pflicht zur Herausgabe der Bereicherung verwandelt, wenn er die Sache ohne seine Schuld verloren hat. Daher fr. 21 i. f. de her. vend. 18, 4 (Paul. 16 quaest.): quid si rem quam vendidi alio possidente petii et litis aestimationem accepi, utrum pretium illi debeo an rem? utique rem; non enim actiones ei, sed rem praestare debeo . . tamen (Mommsen) si sine culpa desiit detinere venditor, actiones suas praestare debebit, non rem . . nam et aream tradere debet exusto aedificio.

Das Mandat zum Kauf einer Sache begründet für den Fall, daß diese dem Mandatar geleistet wird, keine Verschaffungs-, sondern nur eine Herausgabepflicht [2]); fr. 8, 10 mand. 17, 1 (Ulp. 31 ad ed.): proinde si tibi mandavi, ut hominem emeres, tuque emisti, teneberis mihi ut restituas. sed et si dolo emere neglexisti . . aut si lata culpa . . teneberis. sed et si servus quem emisti fugit, si quidem dolo tuo, teneberis. si dolus non intervenit nec culpa, non teneberis nisi ad hoc ut caveas, si in potestatem tuam pervenerit, te restituturum. Der Schuldner ist also, wenn die Herausgabe ohne seine Schuld unmöglich wird, nicht zur Beseitigung der Unmöglichkeit, sondern nur zur Herausgabe nach dem Wiedermöglichwerden verpflichtet. Trifft ihn ein Verschulden, so verwandelt sich die Herausgabepflicht in eine

1) Vergl. Mandry, ArchCivPrax. 48, 244.

2) Ebenso BGB. § 667, der aber die Möglichkeit eines Auftrags zur Rechtsverschaffung gleichfalls nicht ausschließt.

Wiederverschaffungspflicht, wenn die Sache noch zu erlangen ist [1]), anderenfalls in eine Schadenersatzpflicht. Natürlich kann aber nach dem Vertragsinhalt die Verpflichtung von vornherein weiter gehen; z. B. wird der procurator omnium bonorum nicht nur berechtigt (fr. 58 de proc. 3, 3), sondern auch verpflichtet sein, die ihm gestohlene Kaufsache vom Diebe zurückzufordern, für Einfangung des entlaufenen Sklaven zu sorgen. Ferner ist auch der oben [2]) verwandte Typus des auf Verschaffung des Eigentums gerichteten Mandates gewiß möglich. In solchen Fällen reicht natürlich eine nur auf Rückgabe nach zufälliger Wiedererlangung gerichtete Kaution nicht aus.

Das Damnationslegat begründet eine Verschaffungspflicht, weshalb dadurch auch Sachen Dritter hinterlassen werden können. Inhalt der Pflicht ist, ut redimere et praestare aut aestimationem eius dare debeat (Gai. 2, 202). Ist der vermachte Sklave flüchtig, so muß der Erbe operam praestare ut . . requirat et praestet (fr. 39 pr. leg. I, Ulp. 21 ad Sab.) und Kaution stellen de reducendo eo (fr. 8 pr. leg. II, Paul. 9 ad Plaut.); er hatte also auch bei ursprünglichem Unvermögen nicht das Interesse, sondern nach einer nicht von jeher anerkannten Willensauslegung (Gai. 2, 262 i. f.) nur die aestimatio zu leisten, war aber nicht nur herausgabepflichtig und hatte deshalb nicht nur, wie nach fr. 8, 10 cit. der Mandatar, für restitutio des zufällig an ihn zurückgelangenden Sklaven, sondern für Bemühungen um seine Wiedererlangung Kaution zu stellen. Die Kosten der Einfangung hatte er nur zu tragen, wenn der Sklave erst nach

1) Eine Pflicht zur Beseitigung der Unmöglichkeit, von der Mommsen 295 ff., Titze 149 Anm. 3 u. a. sprechen, gibt es überhaupt nicht; man meint damit die Beseitigung des einer Verschaffung entgegenstehenden Hindernisses, die, wenn sie geschuldet werden soll, auch möglich sein muß, und wenn sie unmöglich ist, nicht geschuldet wird.

2) S. 234.

dem Tode des Erblassers entlaufen war, anderenfalls fielen sie dem Legatar zur Last (fr. 39 pr., fr. 8 pr. cit., fr. 108 pr. leg. I, Afr. 5 quaest.); denn er sollte nach dem Testament nicht mehr aufwenden, als den Kaufpreis oder den Wert des Sklaven zur Zeit des Todes, durch den er sich auch dann abfinden konnte, wenn der Sklave nur immodico pretio verkäuflich war fr. 14, 2 leg. III Gai. 1 fideic.).

Nur eine Herausgabepflicht begründete dagegen wenigstens ursprünglich das legatum sinendi modo, durch das daher nur eine Sache des Erblassers oder des Erben hinterlassen werden konnte (Gai. 2, 210). Die intentio lautete auch hier, wie bei der actio incerti ex testamento aus Damnationslegat [1]) „quidquid heredem ex testamento dare facere oportet" (213), und der Belastete war, wie eine Minderheit noch zu Gaius' Zeit annahm, nur zum sumere pati, freilich nach der damals herrschenden Meinung ebenso wie beim Damnationslegat zur mancipatio, in jure cessio oder traditio der hinterlassenen Sache verpflichtet (214). Ob diese Verpflichtung um deswillen, weil die Sache dem Erblasser oder dem Erben gehören mußte, auch jetzt noch eine bloße Herausgabepflicht war und den Erben nach schuldlosem Verlust der Sache nicht zu Bemühungen um die Rückerlangung zwang, läßt sich aus dem Bericht des Gaius nicht mit Gewißheit entnehmen, weil er die in § 215 behandelte Frage unentschieden läßt; daß es ursprünglich und wenigstens nach Meinung der Minderheit auch jetzt noch der Fall war, folgt dagegen aus deren Begründung (§ 215 i. f.): quia neque habet rem, ut patiatur eam ab eo sumi, neque dolo malo fecit, quominus eam rem haberet. — Daß zu Gaius' Zeit die Mehrheit hier eine Verschaffungspflicht annahm, ist wohl möglich,

1) Lenel, Edictum 295.

da die Unterschiede seit dem SC. Neronianum ausgeglichen waren und das legatum sinendi modo auch dann, wenn die Sache zur Zeit des Todes weder dem Erben noch dem Erblasser gehörte, als Damnationslegat aufrecht erhalten wurde (212). Die seitdem zwischen beiden noch bestehende Verschiedenheit, daß im Anschluß an Julians Meinung aus dem legatum sinendi modo ebenso, wie aus Fideikommissen Früchte und Zinsen wegen Verzugs gefordert werden konnten (280), hat mit dem Gegensatz der Herausgabe- und Verschaffungspflicht nichts zu tun.

Das BGB. zeigt den Gegensatz von Verschaffungs- und Herausgabepflichten nirgends in so klarer und feinsinniger Durcharbeitung, wie beim Speziesvermächtnis[1]). Dies begründet nur ausnahmsweise eine Verschaffungspflicht (§§ 2169, 1, 2170); ursprüngliches Unvermögen hat dann zur Folge, daß der Beschwerte nur den Wert, nicht das Interesse zu vergüten hat; unverhältnismäßige Schwierigkeit der Verschaffung ist kein Unvermögen und steht deshalb der Verschaffungspflicht nicht im Wege, hat aber zur Folge, daß der Schuldner sich durch Leistung des Wertes befreien kann. Im Zweifel begründet das Speziesvermächtnis nur eine Uebertragungspflicht. Es ist daher nur wirksam, soweit sein Gegenstand nicht nur zum Nachlaß gehört, sondern auch ein Nachlaßaktivum ist: Das Eigentum des Erblassers ist zu übertragen, aber anders als beim Verschaffungsvermächtnis (§§ 2182, vbd. 434—436) beschränkt durch alle Lasten, die in der Hand des Erblassers darauf ruhten; ja überhaupt nicht, wenn der Erblasser zu seiner Veräußerung verpflichtet war (§ 2169, 4); entsprechend, wenn er zu seiner Belastung verpflichtet war, nur mit der Beschränkung, daß der

1) Vergl. Strohal, Erbrecht 1³ S. 230 ff., 244 ff.

Beschwerte die aus dem Nachlaß geschuldete Belastung vor der Eigentumsübertragung an den Bedachten vornehmen und, wenn sie bei der Uebertragung unterblieben ist, hinterher von diesem verlangen darf. Wenn dem Erblasser das Eigentum am Gegenstand des Vermächtnisses nicht zustand, ist doch sein Besitz daran zu übertragen, aber nur soweit er für den Bedachten Vermögenswert hat (§ 2169, 2), also z. B. nicht der bloße Verwahrungsbesitz, der kein Nachlaßaktivum ist; ferner der Anspruch des Erblassers auf Verschaffung oder Uebertragung des Eigentums (§ 2169, 3) oder entsprechend des Besitzes, soweit er für den Bedachten Vermögenswert hat; endlich wenn das Eigentum oder der ein Aktivum bildende Besitz dem Erblasser verloren gegangen war, die etwaigen Surrogate (§ 2169, 3).

2. Völlig verschieden von der Frage nach den Schwierigkeiten, deren Ueberwindung zum Inhalt des geschuldeten Verhaltens gehört, ist die weitere, wann der Schuldner infolge ihrer Nichtüberwindung befreit oder schadenersatzpflichtig wird. Die erste läßt sich auch nicht annähernd für alle Obligationen gleichmäßig beantworten, da die Schwierigkeiten nicht nur bei den einzelnen Schuldtypen, sondern selbst bei jedem einzelnen konkreten Schuldverhältnis verschieden sein können; z. B. ist die Verschaffung eines Kaufgegenstandes von einem Dritten viel schwieriger, wenn dieser ein reicher Sammler, als wenn er ein verarmter Bauer ist. Die zweite Frage dagegen, wonach sich die Befreiung oder die Ersatzpflicht des Schuldners wegen Nichtüberwindung jener höchst mannigfaltigen Schwierigkeiten bestimme, die Frage nach dem Haftungsgrade, beantwortet sich nach der einfachen Skala der — positiv ausgedrückt — zu vertretenden Sorgfalt oder — negativ — des zu vertretenden Verschuldens; nur wo eine Garantieübernahme für den Erfolg vorliegt, ist die Haftung wegen Nichtüberwindung eines Hindernisses davon unabhängig. Auch bei gleichem

Haftungsgrade kann deshalb die Entscheidung je nach dem Schuldinhalt und selbst nach den konkreten Umständen des Falles sehr verschieden lauten müssen: der Verkäufer, wie der aus ungerechtfertigter Bereicherung zur Herausgabe Verpflichtete (§ 818 BGB.) haften heute für geringe Fahrlässigkeit; aber daraus folgt für jenen, weil er verschaffungspflichtig ist, eine Schadenersatzpflicht, wenn er sich fahrlässig nicht um die Rückerlangung der ihm ohne seine Schuld gestohlenen Sache bemüht, für diesen, weil er herausgabepflichtig ist, nicht.

Unabhängig vom Haftungsgrade ist die Verpflichtung zur Herausgabe der nach schuldlosem Eintritt der Unmöglichkeit verbliebenen Surrogate (§ 281); sie ist auch dann bloße Herausgabepflicht, wenn sie an die Stelle einer Verschaffungspflicht tritt, weshalb der Schuldner hier niemals verpflichtet ist, sich um die Wiedererlangung eines schuldlos verlorenen Surrogates zu bemühen. — Daß auch umgekehrt die Herausgabepflicht, wenn der Schuldner den Verlust der Sache zu vertreten hat, zu einer Verschaffungspflicht werden kann, hat sich schon ergeben.

II. 1. a) Nach römischem Recht bildet die Hauptstütze der herrschenden Meinung, daß ursprüngliches Unvermögen stets zur Leistung des Interesses verpflichte, die Behandlung des Verkaufs einer fremden Sache[1]). Der Verkauf begründet, wie schon gesagt, auch nach römischem Recht eine Pflicht zur Verschaffung, zwar nicht des Eigentums, aber des habere, d. h. des Besitzes und Genusses. Die Ueberwindung der ihr bei Nichteigentum und Nichtbesitz des Verkäufers entgegenstehenden Hindernisse gehört also zum Inhalt der Schuld des Verkäufers; von Unvermögen kann nicht schon die Rede sein, wenn die Sache einem Dritten gehört, sondern

1) Windscheid-Kipp 2⁸ § 315 A. 3, § 264 Anm. 3; Mommsen, Interesse 78.

nur wenn dieser kraft seines besseren Rechts die Gewährung des habere verhindert. Infolgedessen beweist der Satz, daß **Verkauf der fremden Sache gültig ist** (fr. 28 de contr. emt. 18, 1 u. a.), nicht die Gültigkeit eines auf subjektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrages.

Ebensowenig beweist die Schadenersatzpflicht des Verkäufers wegen einer von ihm nicht verschuldeten **Eviktion** die unbedingte Ersatzpflicht dessen, der sich zu einer ursprünglich subjektiv unmöglichen Leistung verpflichtet. Die Eviktion führt zum nachträglichen Unmöglichwerden; bis zu ihrem Eintritt konnte dem Käufer das habere nicht nur gewährt werden, sondern es ist ihm auch gewährt worden[1]; die Erfüllung ist also nicht nur möglich gewesen, sondern sogar wirklich erfolgt. Daß die Eviktion ohne Rücksicht auf Verschulden ersatzpflichtig machte, beruhte weiter darauf, daß nach römischer Anschauung im Verkauf stets die — ursprünglich wohl nur auf Defension[2] des Käufers gegen dritte Prätendenten gerichtete — Garantieübernahme für habere licere, d. h. dauernd unangefochtenes habere enthalten war; sie galt bekanntlich als so selbstverständlich, daß auf die versehentlich unterbliebene dupli stipulatio geklagt werden konnte; das war aber, wie die Geschichte der Eviktionshaftung von der actio auctoritatis bis zur dupli stipulatio zeigt, nur Sonderrecht des Kaufvertrages. Wäre darum auch die Eviktionshaftung, was entschieden zu bestreiten ist, eine Ersatzpflicht wegen ursprünglichen Unvermögens, so würde sie doch für andere Fälle als den des Kaufs überhaupt nichts beweisen, und für den Fall des Kaufes wenigstens dann nichts, wenn das ursprüngliche Unvermögen auf anderen Gründen als dem Mangel im Rechte beruht.

---

1) Vergl. **Dernburg**, Pand. 2^{7}, 270 Anm. 2, und oben S. 235 Anm. 2.

2) **Rabel**, Haftung des Verkäufers S. 5 ff., 31 f., 100 f.

Um aus der Behandlung des Kaufs einen Stützpunkt für die herrschende Meinung zu gewinnen, wäre deshalb der Nachweis erforderlich, daß die Quellen den Verkäufer auch wegen ursprünglichen Unvermögens zur Tradition der Kaufsache ohne Rücksicht auf Verschulden ersatzpflichtig machen. Dieser Nachweis ist nicht geführt worden. Fr. Mommsen[1]) behauptet nur, daß diese Fälle denen der Eviktion völlig gleichstehen, was nicht zutrifft. Er hat zwar die Quellen aufs genaueste nach Aussprüchen dieses Inhalts durchforscht, aber fast nur Stellen gefunden, die den Verkäufer im Falle nachträglicher doloser Vereitelung der Tradition[2]) zum Ersatz des Interesses verpflichten. Darunter ist sogar eine, c. 6 de her. v. act. vend. 4, 39 (Alex.), in der die Ersatzpflicht ausdrücklich durch Hinweis auf den vorliegenden dolus des Verkäufers motiviert wird: sed quoniam contractus fidem fregit, ex empto actione conventus quanti tua interest praestare cogitur. Zur Entkräftung bemerkt Mommsen nur, daß die Stelle ein Reskript sei, und daß daher ein Hinweis auf den im konkreten Falle vorhandenen dolus nicht als korrekte Motivierung aufgefaßt zu werden brauche. Wäre dies zutreffend, so würde aber immerhin nur ein non liquet vorliegen; denn die Stellen, aus denen Mommsen das Gegenteil folgert, beweisen dies noch viel weniger. Die einzige davon, die einen konkreten Tatbestand behandelt, ist c. 12 de A. E. V. 4, 49 (Diocl., Maxim.): Der Käufer eines als species[3]) verkauften Weines muß die Gefahr der Verschlechterung tragen, hat aber auch den Vorteil einer nach dem Kaufabschluß eintretenden Verbesserung; utque hoc verum est, sic certae qualitatis ac mensurae distracto vino fidem placitis ser-

1) Interesse S. 74 ff., 99.

2) Das. S. 74 Anm. 5.

3) Das folgt aus dem Vergleich mit c. 2 pr. de per. et com. 4, 48.

vandam convenit: quo non restituto non pretii quantitatis, sed quanti interest empti competit actio. — Der Verkäufer ist also schadenersatzpflichtig, wenn er den verkauften Wein, der inzwischen besser geworden ist, nicht liefert. Daß er dies arglistig unterläßt, wird zwar nicht ausgesprochen, aber es ist nach den Umständen des Falles — zumal die Stelle gleichfalls ein Reskript ist — zu offenkundig, als daß es gesagt zu werden brauchte: wenn der Verkäufer den Wein, den er früher unterschätzt hat, und der besser geworden ist, als er glaubte, selbst trinkt oder einem Dritten verkauft, dem Käufer aber statt dessen irgend einen Krätzer liefert, so wird niemand dies Manöver für unbeabsichtigt halten. Außerdem ist die Stelle für den Fall ursprünglichen Unvermögens überhaupt ohne Beweiskraft. Die Stellen aber, die Mommsen außerdem für seine Meinung anführt, betreffen keine konkreten Fälle und handeln in ihrer allgemeinen Fassung nicht von den Voraussetzungen, sondern nur vom Gegenstand der actio empti wegen unterbliebener Tradition:

Fr. 1 pr. de A. E. V. 19, 1 (Ulp. 28 ad Sab.): Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est quod rem habere interest emptoris: hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel empta est;

fr. 11, 9 eod. (Ulp. 32 ad ed.): Idem ait non tradentem quanti intersit condemnari: satis autem non dantem, quanti plurimum auctorem periclitari oportet.

In beiden Stellen werden die Voraussetzungen der Ersatzpflicht nur insoweit angedeutet, wie es nötig ist, um die auf ihren Gegenstand zu prüfenden Ansprüche zu individualisieren: der Anspruch wegen Nichttradition geht auf dies, der wegen unterbliebener satisdatio auf das. Eine Aufzählung ihrer Voraussetzungen ist nicht beabsichtigt und nicht geschehen;

von den recht komplizierten, unter denen satisdatio verlangt werden konnte[1]), wird in der zweiten Stelle mit keinem Wort etwas angedeutet; es kann darum unmöglich angenommen werden, daß im Gegensatz hierzu die ebenso kurze Bemerkung über die Ersatzpflicht wegen nicht erfolgter Tradition deren Voraussetzungen erschöpfend angeben solle. Beide Stellen haben hierzu nicht den mindesten Anlaß, da sie nur vom Gegenstand der Ansprüche handeln. Auch heute wird es wohl niemand, der den Unterschied des Gegenstandes der Wandlungs- und der Minderungsklage darlegen will, für nötig halten, dabei die Voraussetzungen dieser Ansprüche einzeln aufzuzählen.

Noch weniger folgt aus c. 17 pr. de fide instr. 4, 21 (Just.): Bei einem wegen Formmangels imperfekten Kauf dürfe man nicht dicere, quod . . necessitas venditori imponitur vel contractum venditionis perficere vel id quod emptoris interest ei persolvere. Mommsen[2]) meint: hieraus ergebe sich ein sehr naheliegendes argumentum e contrario, wonach sich der Verkäufer im Fall eines perfekten Kaufvertrages in der hier verworfenen Alternative befindet, den Kontrakt zu erfüllen oder dem Käufer das Interesse zu leisten. Aber einmal lautet die erste Seite dieser Alternative nicht: den Kontrakt zu erfüllen, sondern ihn perfekt abzuschließen. Und weiter gibt es auch bei perfekten Käufen Fälle genug, wo der Verkäufer weder zu erfüllen noch das Interesse zu leisten hat, z. B. den des nachträglichen zufälligen Unmöglichwerdens. Wenn aber Justinian nicht für nötig hält, diesen von der Alternative auszunehmen, so beweist doch offenbar auch sein Schweigen über den des ursprünglichen Unvermögens nichts. Das argumentum e contrario ergibt hier nur, was ohnehin niemand bezweifelt: daß aus einem perfekten Kauf bald Erfüllung, bald

1) Vergl. Dernburg, Pand. 2⁷, 270 Anm. 4.
2) Interesse 74.

Interesse gefordert werden kann, nicht aber, was unrichtig ist, daß daraus stets das eine oder das andere gefordert werden könnte.

Daß der Verkäufer im Gegenteil wegen unverschuldeten Unvermögens zur Tradition nicht ersatzpflichtig war, geht nun aber aus fr. 55 de A. E. V. 19, 1 (Pomp. 10 epist., Lenel 197) hervor:

> Si servus, qui emeretur vel promitteretur, in hostium potestate sit, Octavenus magis putabat valere emptionem et stipulationem, quia inter ementem et vendentem esset commercium: potius enim difficultatem in praestando eo inesse, quam [eum non esse] in [rerum] natura (Mommsen), etiamsi officio judicis sustinenda esset eius praestatio, donec praestari possit.

Daß der Vertrag als gültig angenommen wurde, beweist, daß die Juristen die an sich zweifelhafte Frage, ob die Unmöglichkeit objektiv oder subjektiv sei, im letzteren Sinne entschieden[1]. Pomponius bemerkt aber ausdrücklich, daß der Richter erst verurteilen dürfe, wenn die Unmöglichkeit nachher behoben worden sei; solange dies nicht geschehen ist, konnte danach keine Verurteilung in das Interesse stattfinden. Zur Annahme eines Ausnahmerechts für Sachen in Feindeshand oder zur Einschränkung des Tatbestandes auf Fälle, wo beide

---

1) Es besteht deshalb kein Grund, fr. 104, 2 de leg. 1 (Jul. 1 ad Urs. Fer.) auf bedingte Legate zu beziehen: rem hostium posse legari Sabinus ait, si aliquo casu emi possit. Da die Unmöglichkeit nach der obigen Stelle keine objektive ist, steht die regula Catoniana auch der Gültigkeit eines puren Legates nicht entgegen, wenn sich die Sache zur Zeit der Legatserrichtung beim Feinde befindet. Freilich ist vorausgesetzt, daß sie aliquo casu emi possit; wenn sie sich am Ende des Partherreichs befindet, ist wohl objektive Unmöglichkeit anzunehmen und das Legat, wie jedenfalls auch der Kauf und die Stipulation, als unbedingtes nichtig; ebenso beim fundus hostium. fr. 103 de V. O. 45, 1 (Modest. 5 pand.), Mommsen 15 f.

Teile den Sachverhalt gekannt haben sollten[1], besteht nicht der mindeste Anlaß, wenn es keine Stellen gibt, aus denen für andere Fälle ein abweichendes Recht hervorgeht.

b) Für Verpflichtungen aus Stipulation beruft sich die herrschende Meinung namentlich auf den Schluß des oben abgedruckten fr. 137, 4 de V. O. von Venulejus, in dem gesagt ist, daß die versprochene Leistung eines fremden Sklaven, quem dominus non vendat, keine unmögliche sei, und auf den anschließenden § 5: si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, jure factam obligationem Sabinus scribit. Der letztere Paragraph handelt, wie der Zusammenhang mit dem vorigen ergibt, nicht oder doch nicht nur von der Stipulation eines facere. Beide Stellen aber besagen nur, daß hier eine gültige Obligation begründet werde, nicht daß sie auf Interesseleistung gerichtet sei. Und wenn fr. 55 de A. E. V. 19, 1 (Pomp. 12 epist.) für den ausgesprochensten Fall eines wirklichen ursprünglichen Unvermögens, den Verkauf oder die promissio einer apud hostes befindlichen Sache, nicht einen Anspruch auf Interesse annimmt, sondern einen erst nach Möglichwerden der Sachleistung durchführbaren Anspruch auf diese selbst, so ist doch mindestens ebensogut möglich, daß auch Venulejus nur sagen will: die Obligation ist gültig, aber wenn sich infolge der Weigerung des Eigentümers, die Sache zu verkaufen, Unvermögen zu ihrer Erfüllung ergibt, so kann sie erst geltend gemacht werden[2], nachdem das Unvermögen behoben ist; denn

1) So Windscheid[8] § 315 Anm. 3. Dagegen spricht auch das zweifelnde magis putabat; wäre der Vertrag, wie Windscheid will, in der Erwartung oder für den Fall der Rückkehr des Sklaven geschlossen, so bestände doch zum Zweifel kein Anlaß.

2) Dies ist nach der Stelle, ohne daß zwischen Kauf und Stipulation unterschieden wird, kraft des officium judicis zu berücksichtigen, also auch bei

das ist auch im Fall der vorläufigen Weigerung des Eigentümers noch viel eher zu hoffen, als der Erwerb einer Sache vom Feinde.

Daß dies die römische Annahme bei Stipulationen ist, folgt aus fr. 91, 1 de V. O. 45, 1 (Paul. 17 ad Plaut.): Sed si sit quidem res in rebus humanis, sed dari non possit, ut fundus religiosus puta vel sacer factus vel servus manumissus, vel etiam ab hostibus si capiatur, culpa in hunc modum dijudicatur, ut si quidem ipsius promissoris res vel tempore stipulationis vel postea fuerit et quid eorum acciderit, nihilo minus teneatur, idemque fiat et si per alium, posteaquam ab hoc alienatus sit, id contigerit. sin autem alienus fuit et ab alio tale quid accidit, non tenetur, quia nihil fecit, nisi si posteaquam moratus est solutionem, aliquid huiusmodi acciderit: quam distinctionem et Julianus sequitur. item si homo, qui fuit promissoris, ex praecedenti causa ablatus ei fuerit, quod statuliber fuit, perinde habendus sit, ac si alienum promisisset, quia sine facto ipsius desiit eius esse.

Der promissor haftet also, wenn die zur Zeit der Stipulation ihm gehörige Sache unmittelbar aus seiner Hand oder im Falle nachheriger Veräußerung aus fremder Hand verkehrsunfähig wird. War sie dagegen zur Zeit der Stipulation nicht sein Eigentum, so haftet er auf das Interesse, wenn sie nach Eintritt seiner mora solvendi verkehrsunfähig geworden ist, anderenfalls überhaupt nicht. Das widerlegt die herrschende Meinung in beiden Punkten: die Leistung der fremden Sache ist nicht subjektiv unmöglich; sonst könnte der

der Klage aus Stipulation ohne Insertion einer exceptio doli (gegen Hartmann 211); ebenso wie das in der stipulatio Ephesi dari steckende tempus nach fr. 137, 4 cit. officio judicis zu berücksichtigen ist.

Schuldner nicht nachträglich mit ihr in mora kommen. Ihr Versprechen verpflichtet auch nicht zur Interesseleistung ohne Rücksicht auf Verschulden; eine solche Verpflichtung entsteht erst, wenn nach der mora Unmöglichkeit eintritt; wenn die trotz mangelnden Eigentums des promissor vorhandene Möglichkeit ohne sein Verschulden wegfällt, so schuldet er nichts. — Um dies wenigstens mit dem zweiten Satz der herrschenden Meinung, daß ursprüngliches Unvermögen stets zur Interesseleistung verpflichte, zu vereinigen, könnte man sich höchstens darauf stützen wollen, daß hier von einer Unmöglichkeit gesprochen werde, die anfangs subjektiv sei, aber nachher zur objektiven werde; daß danach die wegen der ursprünglichen subjektiven eintretende Ersatzpflicht wegfalle, wenn jene sich nachher ohne Schuld des Verpflichteten in eine objektive verwandle. Einmal hätte man dann aber das wunderliche Ergebnis, daß der promissor zur Interesseleistung verpflichtet bliebe, wenn der Eigentümer sich fortdauernd weigert, die Sache zu verkaufen, dagegen nicht, wenn dieser seinen Willen unwiderruflich in die Tat umsetzt, indem er das Grundstück in einen Begräbnisplatz verwandelt oder den Sklaven freiläßt! Und weiter befindet sich unter den hier aufgezählten Gründen der nachträglichen Aenderung auch einer, der keine objektive Unmöglichkeit herbeiführt, nämlich wieder das Geraten in Feindes Hand.

Fr. 91, 1 ist aber noch in anderer Hinsicht gegen die herrschende Meinung zu verwerten: Es besagt am Schlusse auch, daß der promissor nichts zu leisten habe, wenn der versprochene Sklave schon vor der stipulatio bedingt freigelassen sei und nach der Leistung an den stipulator durch Eintritt der Bedingung frei werde. Wäre dies ein Fall ursprünglicher Unmöglichkeit, so müßte der promissor nach der herrschenden Meinung zur Interesseleistung verpflichtet werden; ist es ein solcher nachfolgender Unmöglichkeit, was das Richtige ist, so

läßt sich aber der Schluß nicht abweisen, daß auch die Eviktion ein solcher ist: wie dem stipulator durch Freiwerden des Sklaven das Eigentum, so wird dem Käufer durch Eviktion das habere vermöge eines schon beim Vertragsschluß vorliegenden Rechtsmangels wieder entzogen.

Zur Widerlegung sind offenbar Fragmente, wie fr. 15, 3 i. f. de usurp. 41, 3, nicht geeignet, die nur besagen, daß die Stipulation einer fremden Sache gültig ist; denn hieraus folgt nach der vorigen Stelle eben nur, daß der promissor zunächst zur Verschaffung der fremden Sache und erst, wenn diese infolge seines Verschuldens unmöglich wird, zur Interesseleistung, anderenfalls aber gar nicht verpflichtet ist. Etwas mehr könnte man allenfalls, wenn fr. 91, 1 cit. nicht entgegenstände, aus fr. 34 de V. O. 45, 1 (Ulp. 48 ad Sab.) entnehmen wollen; es besagt, daß die stipulatio einer nicht im commercium des stipulator befindlichen Sache nichtig, dagegen die einer nicht im commercium des promissor befindlichen gültig sei: si quis promittat, cuius non commercium habet, ipsi nocere, non mihi[1]. Das nocere weist aber nicht auf eine vom Verschulden des promissor unabhängige Schadenersatzpflicht hin, sondern nur auf die Schwierigkeit, die Sache zu verschaffen. Unmöglich ist ihm die Leistung nicht, da sie ja gar nicht voraussetzt, daß die Sache durch seine Hand gehe; sie kann auch dadurch erfolgen, daß er den Eigentümer vermag, sie direkt dem stipulator zu leisten; das incommodum promissoris ist aber hier noch größer, als beim bloßen Versprechen einer fremden Sache, und es wäre doch auch im letzten Fall immerhin schon etwas, was ei nocet.

c) Die Verpflichtung des Vermieters geht auf Verschaffung des Mietgebrauchs, des uti frui. Ihre Erfüllung ist

1) Entsprechend für Legate fr. 49, 3 de leg. II, l. 40 de leg. I.

nicht unmöglich, wenn die Sache eine fremde ist, wohl aber dann, wenn der Eigentümer nicht zur Gestattung des Mietgebrauchs zu bewegen ist. Wenn dies schon beim Abschluß des Vertrages feststeht, und der Vermieter auch nicht detentor der Sache ist, so ist das Unvermögen sicher ein ursprüngliches. Wenn der Eigentümer erst später die Erlaubnis verweigert, insbesondere wenn er den schon im Genuß der Sache befindlichen Mieter wieder hinaussetzt, so muß es gleichfalls als ursprüngliches, obwohl nur partielles, angesehen werden, weil die Verpflichtung des Vermieters auf Gewährung des frui während der ganzen Mietdauer gerichtet ist, und weil aus der späteren Entsetzung des Mieters hervorgeht, daß die Gewährung für die volle Mietzeit von vornherein unmöglich war.

Von den Stellen, auf die sich die herrschende Meinung beruft, sprechen nun fr. 15, 8 (Ulp.), fr. 7 (Paul.) und fr. 8 loc. 19, 2 (Tryph.) allerdings den Satz aus, daß der Verpächter eines Landgrundstücks, der Vermieter einer insula zur Leistung des Interesses verpflichtet ist, wenn der conductor vom Eigentümer am Weitergebrauch gehindert wird; sie sagen nichts davon, ob sie mala fides des Vermieters beim Vertragsschluß erfordern oder nicht.

Dagegen setzt Ulpian (32 ad ed.) in fr. 9 pr. eod. freilich ausdrücklich voraus, daß der Vermieter das Grundstück bona fide erworben hat; aber er erklärt diesen auch nicht unbedingt für ersatzpflichtig, wenn das Grundstück entwehrt und die Fortsetzung des Mietgebrauchs durch den Eigentümer verhindert wird: Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpaque eius, Pomponius ait nihilominus eum teneri ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere. plane si dominus non patitur et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam

praestare, aequissimum esse ait absolvi locatorem. — Zunächst wird auch hier nicht die Eviktion, die nicht dem Mieter, sondern dem Vermieter gegenüber als geschehen zu gelten hat[1]), als Unmöglichkeitsgrund betrachtet, sondern erst der Umstand, daß der Eigentümer den Weitergebrauch durch den Mieter non patitur; mit der Entwehrung vom Vermieter ist der Mieter noch nicht hinausgesetzt. Wenn aber auch dies geschieht, so ist die Folge nicht Verurteilung des Vermieters zur Interesseleistung, sondern Absolution, — freilich, wie hinzugesetzt wird, nur wenn dieser bereit ist, dem Mieter eine andere ebenso bequeme Wohnung anzuweisen. Dieser Zusatz mutet mich tribonianisch an. Man mag von dem Moduswechsel (patitur, paratus sit), wie auch davon absehen, daß dem Mieter von heute gewiß nicht ohne seine Zustimmung eine andere als die gemietete Wohnung aufgedrängt werden darf; möglich, daß man dem römischen Mieter auch hierin weniger Rücksicht schuldig zu sein glaubte. Aber die Miete ist doch Vertrag über Gebrauchsüberlassung an einer species; in diesem Zusatz wird sie, noch dazu, wo ihr Gegenstand das unvertretbare Grundstück ist, wie ein Vertrag über eine Gattungssache behandelt. Mit gleichem, und bei vertretbaren Sachen viel besserem Recht könnte dem Spezieskäufer, dem die Sache entwehrt ist, eine gleichartige aufgedrängt werden, was ja für den Verkäufer zur Vermeidung des duplum praestare sehr angenehm und bisweilen nicht einmal unbillig wäre, was aber gewiß nicht statthaft ist[2]). Ich kann mir deshalb nicht denken, daß jene Worte von Ulpian herrühren. Wenn man sie streicht, so spricht die Stelle gegen die herrschende Meinung.

Sehr entschieden widerspricht ferner fr. 35 pr. eod. (Afr. 8

---

1) Windscheid-Kipp 2[8] § 392 Anm. 3.

2) Vergl. fr. 67 de evict. 21, 2, wonach nicht einmal durch Angebot nachträglicher Verschaffung der species selbst die Ersatzpflicht abzuwenden ist.

quaest.): Ist der Vermieter durch Baufälligkeit des Hauses zu einer den Mietgebrauch hindernden Reparatur gezwungen, so ist er nicht schadenersatzpflichtig. Ebensowenig wenn ein Dritter, den er nicht hindern kann, die Benutzung durch den Mieter unmöglich macht: intellegendum est autem, nos hac distinctione uti de eo, qui et suum praedium fruendum locaverit et bona fide negotium contraxerit, non de eo, qui alienum praedium per fraudem locaverit nec resistere domino possit, quominus is colonum frui prohibeat. Von der Pflicht zur Interesseleistung soll also frei sein, wer ein ihm gehöriges Grundstück bona fide, d. h. in Unkenntnis des besseren Rechts eines Dritten, wie des Nießbrauchers, und wer ein fremdes nicht per fraudem vermietet hat. Um das mit der herrschenden Meinung in Einklang zu bringen und aus der Stelle entnehmen zu können, daß der Vermieter eines fremden Grundstücks auch ohne fraus ersatzpflichtig sei, sieht sich Mommsen[1]) — gegen Glück[2]) — gezwungen, die Worte per fraudem einfach als unbeachtlich beiseite zu lassen und nur darauf Gewicht zu legen, daß die Mietsache eine fremde ist. Dies gewaltsame Verfahren reicht aber nicht einmal aus, weil ja außerdem die Worte et bona fide negotium contraxerit für den Vermieter des eigenen Grundstücks dasselbe aussprechen: auch er ist von der Ersatzpflicht nur[3]) frei, wenn er bona fide, in Unkenntnis von dem entgegenstehenden Recht des Dritten vermietet hat. — Mommsen

1) Interesse 78 f. Anm. 14.

2) 17, 368 f., der freilich gleichfalls unrichtig suum gleich tanquam suum versteht, also auch die erste Hälfte auf Vermietung einer fremden Sache in gutem Glauben bezieht.

3) et suum . . et bona fide; wenn Mommsen übersetzt „eine eigene Sache und eben somit bona fide“, so ist das nicht nur gezwungen, sondern unmöglich, weil das erste et dabei einfach nicht mitübersetzt wird.

begründet es überdies auch nur durch den vermeintlichen Widerspruch mit den vorigen Stellen. Ein solcher besteht aber nur gegenüber einem höchst verdächtigen Zusatz in fr. 9 pr. cit. Die übrigen Stellen sagen zwar nicht, daß sie mala fides des Vermieters voraussetzen; aber diese ist bei der Vermietung fremder Grundstücke so sehr das Wahrscheinliche, daß sich aus dem Schweigen über sie nichts entnehmen läßt.|

d) Mit Unrecht wird ferner die herrschende Meinung für Arbeitsverträge auf drei von Jhering[1]) angeführte Fragmente gestützt. Nach fr. 7 pr. depos. 16, 3 (Ulp. 30 ad ed.) ist dolo proximus, wer den bei ihm gefesselt deponierten Sklaven aus Mitleid befreit, cum possit non suscipere talem causam, quam decipere; daraus folgt offenbar nichts für Unmöglichkeitsfälle. Nach fr. 8, 1 ad l. Aqu. 9, 2 (Gai. 7 ad ed. prov., Lenel 185) haften der Treiber, der zu schwach ist, die Maultiere zu halten, und der Sonntagsreiter, dem das Pferd durchgeht, für den angerichteten Schaden; die Stelle handelt aber nicht von Kontraktshaftung, da sie bei Justinian wie bei Gaius im Zusammenhange der lex Aquilia steht. Fr. 9, 5 loc. 19, 2 (Ulp. 32 ad ed., Lenel 946) besagt, daß der Hirt, der Schneider, der Walker für den bei der Arbeit durch ihre Unfähigkeit angerichteten Schaden haften: culpam eum praestare oportere, et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex inquit conduxit. Hier ist allerdings von einer Haftung aus Arbeitsvertrag die Rede. Aber einmal handelt es sich wohl um persönlich vorzunehmende Arbeiten, weshalb die Unfähigkeit objektive Unmöglichkeit und Nichtigkeit des Arbeitsvertrages zur Folge hat; die Ersatzpflicht ist also eine solche für culpa in contrahendo. Und weiter würde, wenn man subjektive Unmöglichkeit und

1) Schuldmoment 46 Anm. 85, Windscheid-Kipp 2⁸ § 315 Anm. 2.

Gültigkeit des Vertrages anzunehmen hätte, eine Ersatzpflicht ja nur als Folge einer culpa ausgesprochen sein. Das wäre zwar eine etwas künstliche Denkform, die im Grunde nur darauf hinauskommt, daß der Handwerker durch den Vertragsschluß die Garantie für seine Fähigkeit übernommen hat und deshalb für den durch Unfähigkeit angerichteten Schaden auch ohne culpa haftet. Hätten aber die Römer den Satz anerkannt, daß ursprüngliches Unvermögen ohne Rücksicht auf Verschulden zum Ersatz verpflichte, so hätten sie doch zu dieser künstlichen Konstruktion einer culpa gar keinen Anlaß gehabt.

e) Daß endlich die Behandlung der Vermächtnisse[1]) nicht für die herrschende Meinung spricht, gestehen ihre Anhänger selbst zu. Die Quellen geben hier nirgends einen Anspruch auf Interesse, nur vermöge Auslegung des Erblasserwillens einen solchen auf den Sachwert; die „einzigen völlig sicheren Ausnahmen“[2]) von der Regel, die aber nicht besagt, daß das Interesse, sondern daß nichts zu leisten ist.

f) Für die herrschende Meinung spricht deshalb nur der ohnehin verdächtige Zusatz in fr. 9 pr. loc. Vom Recht des Käufers und des stipulator rei bei ursprünglichem Unvermögen handelt nur fr. 55 de A. E. V., das dem Gläubiger keinen Anspruch auf Interesse, sondern nur nach Wegfall des Unvermögens einen solchen auf die Sache selbst gibt[3]). Der Vermieter ist nach fr. 35 loc. bei unverschuldetem ursprünglichem Unvermögen nicht ersatzpflichtig, der Arbeiter nach fr. 9, 5 eod. infolge ursprünglicher Unfähigkeit — die überdies wohl objektive Unmöglichkeit zur Folge hat — nur auf Grund einer konstruktiven culpa ersatzpflichtig. Die übrigen Stellen beweisen nichts; sie besagen, wo sie von ursprünglichem Unver-

1) fr. 39, 7, fr. 40, fr. 71, 3 leg. I, fr. 49, 3 leg. II, fr. 14, 2 leg. III, § 4 J. de leg. 2, 20, c. 10 de leg. 6, 37, Gai. 2, 202.

2) Mommsen, Interesse 90.

3) Bechmann, Kauf 3, 129, vergl. 119, 123.

mögen handeln, nur, daß der Vertrag gültig ist, — und sie handeln, wo sie Ersatzansprüche gewähren, teils von objektiver, teils von nachträglicher subjektiver Unmöglichkeit. Die der letzteren Gruppe bezeugen nur zum Teil in sehr beredter Weise, wie freimütig die Römer mit der die Voraussetzung einer Ersatzpflicht bildenden culpa umgingen, wenn das Unvermögen auf einem zur Sphäre des Schuldners gehörigen Umstand beruhte; z. B. fr. 91, 1 de V. O.: servus . . ab hostibus si capiatur, culpa (!) in hunc modum dijudicatur, ut si quidem ipsius promissoris res vel tempore stipulationis vel postea fuerit et quid eorum acciderit, nihilo minus teneatur.

2. Hartmann[1]) will den Satz der herrschenden Meinung nur für solche Obligationen aufrecht erhalten, deren Spannkraft auch am dauernden Unvermögen zur Leistung nicht erlahme; als solche betrachtet er besonders die verbalen. Aber er kann für Verbalkontrakte gleichfalls nur nachweisen, daß sie trotz des Unvermögens gültig sind, nicht auch, daß sie ohne Verschulden zur Interesseleistung verpflichten; letzteres unterstellt er den Quellen, ohne es zu belegen. Es folgt insbesondere nicht aus Gai. 2, 202, 262. Denn danach verpflichtete zwar der zu Gaius' Zeit herrschenden Meinung zufolge das Fideikommiß ebenso, wie das Damnationslegat einer fremden Sache dazu, aut ipsam (rem) redimere et praestare aut aestimationem solvere, während eine Minderheit annahm: si rem per fideicommissum relictam dominus non vendat, extingui fideicommissum; sed aliam esse causam per damnationem legati. Die Minderheit glaubte also, daß bei Unverkäuflichkeit der fremden Sache das Fideikommiß erlösche, das Damnationslegat gültig bleibe. Wenn aber Hartmann[2]) daraus

1) a. a. O. 195 ff.
2) S. 197, 20.

entnimmt, daß sie dem Damnationslegatar ohne Rücksicht auf Verschulden des Erben einen Anspruch auf volles Interesse habe gewähren wollen, so ist das wieder der der herrschenden Meinung zu Grunde liegende Sprungschluß: aus der Gültigkeit des Legats folgt ebenso, wie aus der der Stipulation einer apud hostes befindlichen Sache nur, daß mit dem Wegfall des Unvermögens ein Anspruch auf die Sache selbst entsteht, nicht daß während des Unvermögens ohne Rücksicht auf Verschulden ein solcher auf das Interesse besteht. Die Minderheit wird vielmehr angenommen haben, daß im Fall eines Verschuldens sofort das Interesse gefordert werden könne, anderenfalls aber, wie nach fr. 55 de A. E. V., die Klage officio judicis bis zum Eintritt der Leistungsmöglichkeit zu suspendieren sei.

Hartmann hat durch seine Polemik gegen die herrschende Meinung die Erkenntnis vom Wesen des Schuldverhältnisses außerordentlich gefördert, nicht nur sofern er das Bekommensollen des Gläubigers als wesentliches Moment nachgewiesen, sondern auch sofern er die verschiedene Intensität des Leistensollens einer eingehenden Prüfung unterzogen hat. Sehe ich recht, so haben ihn nur zwei Punkte gehindert, zu einem abschließenden und befriedigenden Ergebnis zu gelangen:

Einmal hat er den unbewiesenen Satz von der unbedingten Ersatzpflicht wegen ursprünglichen Unvermögens für Verbalobligationen nicht nur festgehalten, sondern auch auf nachfolgendes Unvermögendwerden ausgedehnt; er nimmt an, daß jene ihre Grenze nur an solchen Hindernissen finden, die bei ursprünglicher Unmöglichkeit ihre Entstehung gehindert hätten [1]). Er ist damit auf den Abweg gelangt, den einheitlichen Unmöglichkeitsbegriff überhaupt als Grundlage zu verwerfen und alle Verschiedenheiten im praktischen Ergebnis auf eine solche

1) S. 227.

der Intensität des Leistensollens zurückführen zu wollen. Aus der verschiedenen Spannkraft erklärt es sich allerdings, daß zwei Personen durchaus die gleiche Leistung schulden können, und daß dennoch deren Unmöglichwerden durch denselben Umstand je nach dem Haftungsgrade den einen befreit, den anderen zur Ersatzleistung verpflichtet. Dagegen beruht es auf einer Verschiedenheit im Inhalt der geschuldeten Leistung, nicht in der Spannkraft des Leistensollens, daß der Depositar schon durch gering fahrlässigen Verlust der Detention an der hinterlegten Sache befreit wird [1]; der promissor nicht einmal durch zufälligen Verlust des Besitzes an der versprochenen Sache [2]: jener hat gering fahrlässiges, dieser hat zufälliges Unvermögendwerden nicht zu vertreten; hätte der Besitzverlust für beide Leistungsunvermögen zur Folge, so müßte der promissor durch zufälligen Verlust ebenso befreit werden, wie der Depositar durch gering fahrlässigen. Aber der Verlust macht nur die vom Depositar geschuldete Herausgabe (objektiv) unmöglich, die vom promissor geschuldete Verschaffung nicht; herausgeben kann man nur, was man hat, verschaffen auch, was man nicht hat; wird die Verschaffung wirklich durch Zufall subjektiv unmöglich, so wird auch der promissor frei, wie es fr. 91, 1 de V. O. beim Geraten in Feindeshand ausdrücklich bezeugt. Weder eine verschiedene Beurteilung des Unvermögens, noch die verschiedene Intensität der Schuld, sondern der verschiedene Leistungsinhalt ist also der Grund für die voneinander abweichenden Entscheidungen beider Fälle. Trotz der nivellierenden Uniformität der objektiven, wie der subjektiven Unmöglichkeit können eben die Ergebnisse in Einzelfällen sehr mannigfaltig sein: die Herausgabe kann leichter unmöglich werden, als die Verschaffung, die Speziesleistung leichter als

1) S. 244 f.
2) S. 226 f.

die Gattungsleistung. Während aber Hartmann[1]) zugibt, daß zwischen verborum obligationes auf Spezies- und auf Gattungsleistungen kein Intensitätsunterschied besteht, verschließt er sich der gleichen Erkenntnis für Ansprüche auf Herausgabe und auf Verschaffung, indem er hier über die das Richtige treffende Ansicht von Mandry nur ohne Kommentar berichtet[2]).

Weiter hat Hartmann den beim Erscheinen seines Werkes über die Obligation noch nicht wieder zur allgemeinen Beachtung gelangten Gegensatz von Schuld und Haftung nicht genügend berücksichtigen können. Er verkennt natürlich nicht die Verschiedenheit der primären und der Ersatzpflicht, aber er betont nicht hinreichend, daß sie ein ausschließender Gegensatz ist, daß die primäre Pflicht auf Erfüllung, die sekundäre auf Ersatz wegen Nichterfüllung des ursprünglichen Bekommensollens zielt. Er betrachtet deshalb die verschiedene Intensität der primären Schuld, die nur Reflex der Voraussetzungen der sekundären ist, als zum Schuldinhalt gehörig. Dies führt gelegentlich zu irrigen Bemerkungen, z. B. S. 216: „bei den unentgeltlichen Obligationen ist von vornherein die Regel selbst abzustellen auf ein viel geringeres Maß von Pflicht. Und nur wenn er nicht einmal dieser Pflicht zur Bemühung nachkommt, . . nimmt die Obligation die Erscheinungsform einer Haftung auf das Interesse an.“ Die zweite Hälfte des Satzes ist richtig gefaßt, die erste nicht; es müßte gesagt werden: das Maß des ursprünglich geschuldeten Verhaltens ist bei unentgeltlichen Obligationen kein anderes, als bei entgeltlichen; es ist erst erschöpft, wenn der Schuldner objektiv das seinerseits zur Herbeiführung des geschuldeten Erfolges Notwendige getan hat; aber eine Ersatzpflicht wegen Ausbleibens dieses Erfolges tritt bei diesen

1) S. 234.
2) S. 245 Anm. 6.

leichter ein, als bei jenen, weil dem Schuldner dort die Nichtbeobachtung des objektiv gebotenen Verhaltens subjektiv leichter zum Vorwurf gereicht, als hier. — Ferner sagt Hartmann S. 216 von der durch Vermächtnis auferlegten Verpflichtung zur Ausführung eines Baues: „Das Soll der Obligation kann hier nach dem Sinn des Testators regelmäßig nicht weiter gehen, als daß der Schuldner, soweit es ihm irgend die noch zu seiner Verfügung stehende Zeit und Arbeitskraft erlaubt, binnen der gesetzten Frist die Arbeit herzustellen sich bemüht. Er hat also nicht schlechthin für die Innehaltung der Frist einzustehen.“ Auch hier ist der zweite Satz richtig, der erste und das Verbindungsglied zwischen beiden nicht: das Leistensollen geht nicht nur auf die Bemühung zur Ausführung, sondern objektiv auf alles, was für die Ausführung des Baues durch den Schuldner erforderlich ist. Aber es tritt keine Ersatzpflicht ein, wenn er das beschriebene Maß von Bemühungen, obwohl erfolglos, aufgewandt hat. — Das Verhältnis zwischen beiden Sätzen ist kein also, sondern ein aber: der Schuldner hat weder die Schuld als Bekommensollen noch die Schuld als Leistensollen erfüllt, aber er hat für die Nichterfüllung nicht einzustehen; er ist von der Schadenersatzpflicht, nicht von der primären Schuld befreit, und zwar nicht weil er erfüllt, sondern obwohl er nicht erfüllt hat.

III. Das Recht des BGB. bedarf hiernach nur einer kurzen Betrachtung.

Aus § 306 geht hervor, daß ein auf ursprünglich subjektiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag gültig ist, nicht aber daß der Schuldner sein Unvermögen unbedingt zu vertreten, daß er wegen einer dadurch verursachten dauernden oder vorläufigen Nichterfüllung unterschiedslos Ersatz zu leisten hätte. Dies hat

Titze[1]) zutreffend ausgeführt. Aus der Gültigkeit des Vertrages ergibt sich vielmehr nur[2]) folgendes:

a) Das oben für den Fall des nachträglichen zeitweiligen Unvermögens gewonnene Ergebnis trifft auch hier zu. Der Schuldner wird zu der ihm unmöglichen Leistung zwar verpflichtet, aber nur für den Fall, daß das Unvermögen behoben wird. Vorher kann er nicht auf diese Leistung als sofortige verklagt und dazu verurteilt, es kann wegen derselben nicht gegen ihn vollstreckt werden. — Es steht danach ebenso wie nach römischem Recht bei der Stipulation einer apud hostes befindlichen Sache. Wenn das Unvermögen so lange anhält, bis der Gläubiger kein Interesse mehr an jener Leistung hat, so wird der Schuldner von der Pflicht zu ihr endgültig frei. — Es ist aber zu beachten, daß bei Verschaffungspflichten bloßes Nichthaben der Sache kein Unvermögen bedeutet; ein solches liegt vielmehr nur vor, wenn dem Schuldner die Verschaffung aus dritter Hand unmöglich ist[3]).

b) Wenn auf Grund des Vertrages eine Schadenersatzpflicht besteht, so muß sie sich — ebenso wie bei nachfolgender zeitweiliger Unmöglichkeit — nach dem Wegfall des Unvermögens in eine Pflicht zu der bisher unmöglich gewesenen Leistung und zum Ersatze wegen ihrer Verzögerung verwandeln.

---

1) S. 247 ff.

2) Eine Pflicht des Schuldners, die ihm nach Vertragsschluß bekannt werdende Unmöglichkeit anzuzeigen, ist auch vom Standpunkt der Nichtigkeit des Vertrages aus anzunehmen; vergl. Kisch, KrVJSchr. 44, 521 ff. gegen Titze 244. Insbesondere besteht sie nach fr. 27, 2 mand. 17, 1 (Gai.) für den Mandatar, der nach Vertragsschluß seine Unfähigkeit zur Auftragsausführung gewahr wird, obwohl es sich hier, da die Verpflichtung des Mandatars höchst persönlich ist, um einen wegen objektiver Unmöglichkeit nichtigen Vertrag handelt.

3) Ebenso Cosack 1[4], 344, siehe auch Planck[3] § 275, 3, der aber beim Kauf nur eine Uebertragungs-, keine Verschaffungspflicht annimmt.

1. Eine Schadenersatzpflicht folgt aber nicht schon aus der Gültigkeit des Vertrages. Aus einer darin steckenden Garantieübernahme ergäbe sie sich allerdings; daß aber eine solche in jedem auf ursprünglich subjektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrage enthalten sei, wird zwar häufig behauptet[1], um dem Ergebnis des Sprungschlusses von der Gültigkeit des Vertrages auf die angeblich unbedingte Ersatzpflicht den Anschein sachlicher Berechtigung zu geben; es ist jedoch in vielen Fällen nur eine willkürliche und völlig haltlose Fiktion.

a) Den Römern war sie unbekannt. Sie fanden allerdings im Verkauf stets eine Garantieübernahme dafür, daß dem Käufer das bereits verschaffte habere nicht durch Eviktion auf Grund eines beim Kaufabschluß schon vorhandenen besseren Rechts nachträglich wieder entzogen werde, aber nicht dafür, daß die noch nicht erfolgte Tradition geschehen könne. Der Verkäufer ist zwar auch dann, wenn er die Sache beim Kaufabschluß nicht hat, verpflichtet, aber nur zur Verschaffung des habere, die ihm hier keineswegs unmöglich zu sein braucht; Ersatz wegen Nichtverschaffung hat er auch dann nicht zu leisten, wenn diese in einem schon beim Vertragsschluß vorliegenden, aber nicht von ihm verschuldeten Unvermögen ihren Grund hat, z. B. darin, daß sich die Sache apud hostes befindet.

Heute steht es insofern anders, als der Verkäufer nicht nur das habere, sondern das Eigentum zu verschaffen[2]) und deshalb nicht erfüllt hat, solange der Käufer nicht Eigentümer geworden ist. Wenn daher der Mangel im Recht überhaupt Unvermögen zur Verschaffung zur Folge hat, so ist dies heute,

---

1) Planck³, Vorbem. 275/90, 3a; vergl. Bechmann, Kauf 3, 128 f.

2) § 433, 1 BGB.; nicht, wie Planck³ § 275, 3 jetzt will, zu übertragen.

anders als nach römischem Recht, ein ursprüngliches; es tritt nicht erst hinterher mit der Entwehrung ein. Schon vorher hat der Käufer das, was er zu fordern hat, nicht vollständig[1]) erhalten, weil ihm außer dem Besitz und Genuß auch das Eigentum geschuldet ist. Für diesen Fall ergibt sich nun in der Tat aus §§ 439, 440 ohne Rücksicht auf Verschulden des Verkäufers eine Garantiepflicht, die nur bei Kenntnis des Käufers von dem Mangel versagt. Ebenso bei verwandten Verträgen, wie Tausch (§ 515), Leistung an Erfüllungsstatt (§ 365), Gemeinschaftsteilung (§ 757), und beim Verschaffungsvermächtnis (§ 2182, 1, 2); beim letzteren jedoch, wenn es sich auf eine Spezies richtet, mit der Beschränkung, daß der Sachwert, nicht das Interesse bei Unvermögen des Beschwerten zu ersetzen ist und bei unverhältnismäßiger Schwierigkeit der Verschaffung an deren Statt geleistet werden kann (§ 2182, 2 vbd. mit § 2170). — Dagegen haftet der Schenker wegen ursprünglichen Rechtsmangels nur bei arglistigem Verschweigen (§ 523); ebenso, wer eine Ausstattung gewährt hat (§ 1624).

Wird dem Mieter der Gebrauch der Sache nach ihrer Ueberlassuug vermöge des schon beim Vertragsschluß bestehenden besseren Rechts eines Dritten wieder entzogen, so ist der Vermieter ohne Rücksicht auf Verschulden ersatzpflichtig (§ 541 vbd. mit § 538); auch hier handelt es sich um ursprüngliches Unvermögen, obgleich der Mieter den Sachgebrauch zunächst erhalten hat; aber die Verpflichtung geht auf Dauerleistung, auf Verschaffung des Gebrauchs während der ganzen Mietzeit (§ 535), und zu der war, wie sich durch die nachträgliche Entsetzung des Mieters herausstellt, der Vermieter teilweise von vornherein außer Stande. Nicht unmittelbar durch § 541

1) Zu weit geht Titze S. 44, der hier völlige Unmöglichkeit annimmt.

betroffen ist der Fall, wo der Vermieter infolge des schon beim Vertragsschluß bestehenden besseren Rechts eines Dritten, z. B. eines im Besitz der Sache befindlichen früheren Mieters, dem nicht rechtzeitig gekündigt ist, verhindert wird, dem Mieter die Sache überhaupt, auch nur für einen Teil der Mietzeit zu verschaffen; seine unbedingte Ersatzpflicht folgt hier nicht, wie das Oberlandesgericht Hamburg[1]) meint, „ohne weiteres" aus der Gültigkeit des Mietvertrages; aber sie kann unbedenklich kraft entsprechender Anwendung des § 541 angenommen werden, da es sich hier wie dort um ursprüngliches Unvermögen handelt. — Der Verleiher haftet, wenn die Sache dem Entleiher aus gleichem Grunde vor Ablauf der Vertragszeit entzogen wird, nur aus arglistigem Verschweigen (§ 600); das Unvermögen ist hier aus demselben Grunde, wie bei der Miete, ein ursprüngliches. Der Paragraph betrifft nur den Fall der Entziehung nach der Gebrauchsüberlassung, weil richtiger Ansicht nach die Leihe als Realvertrag[2]) erst mit dieser zu stande kommt. Wenn ein pactum de commodando aus dem gleichen Grunde nicht erfüllt werden kann, wenn es also gar nicht zum Abschluß des Leihvertrages kommt, so ist § 600 unmittelbar nicht anwendbar, und die herrschende Meinung würde folgerichtig dahin führen, daß der Schuldner hier nach § 306 unbedingt ersatzpflichtig wäre; es ist aber § 600 entsprechend anzuwenden und nur Haftung wegen arglistigen Verschweigens anzunehmen.

Daraus wird sich allerdings nach dem BGB. für Verschaffungspflichten ganz unbedenklich der Satz aufstellen lassen, daß der Schuldner wegen eines auf Mangel im Recht beruhenden ursprünglichen Unvermögens

---

1) Seuffert 56, 439 ff.

2) Dernburg 2², 198 c. e.; a. M. auch Hellmann, ArchCivPrax. 90, 434 f.

aus entgeltlichen Rechtsgeschäften und aus Verschaffungsvermächtnissen unbedingt, bei solchen aus anderen unentgeltlichen nur im Fall arglistigen Verschweigens Ersatz zu leisten hat. Dafür, daß er auch ursprüngliches Unvermögen, das auf anderen Gründen beruht, unbedingt zu vertreten hätte, gibt dagegen das Gesetz nicht den mindesten Anhalt. Daß in jedem Leistungsversprechen die unbedingte Garantieübernahme für ursprüngliche subjektive Möglichkeit enthalten sei, ist wie gesagt, eine ganz willkürliche Fiktion. Sie führt überdies bei Vermächtnissen nicht zum Ziel, und ihr Ergebnis ist unter Umständen absurd[1]); so würde danach in dem Verkauf einer Sache, die man eine halbe Stunde vorher unversehrt zu Hause hinterlassen hat, die Garantie dafür enthalten sein, daß sie nicht inzwischen gestohlen, nicht auch dafür, daß sie nicht inzwischen verbrannt ist.

b) Bei Herausgabepflichten ist ursprüngliches Unvermögen nicht denkbar. Sie gehen entweder, wie bei Realverträgen, auf Herausgabe dessen, was man durch den Vertragsschluß empfangen hat, also notwendig auf etwas anfänglich Mögliches, oder, wie beim Auftrag (§ 667), auf Herausgabe dessen, was man künftig einmal erhalten wird, also wenn man nichts erhält, auf nichts.

c) Bei Verpflichtungen zur Herstellung eines produktiven Arbeitserfolges kommt es darauf an, ob persönliche Ausführung durch den Schuldner gewollt ist oder nicht.

Ersterenfalls hat seine Unfähigkeit objektive Unmöglichkeit zur Folge; so, wenn ein Maler die Komposition einer Symphonie, ein Dichter die Abfassung eines juristischen Lehrbuchs verspricht (unrichtig noch S. 163 f.). Die allein versprochene persönliche Leistung des Schuldners kann weder dieser selbst,

1) Vergl. Titze 251.

noch ein anderer bewirken. Der Vertrag ist daher nichtig und der Schuldner nur nach § 307 zum Ersatz des negativen Interesses verpflichtet. Eine Zusicherung seiner Fähigkeit, die hier meist stillschweigend erteilt sein wird, verpflichtet ihn natürlich zur Leistung des vollen Interesses, das hier stets Geldersatz ist. Die Herstellung des Zustandes,] der ohne den zum Ersatz verpflichtenden Umstand bestehen würde, ist undenkbar, denn sie wäre persönliche Ausführung der Arbeit durch den dazu unfähigen Schuldner.

Wenn das persönliche Moment unwesentlich ist, z. B. wenn ein Dorfuhrmacher die Reparatur einer Präzisionsuhr, ein Bader die eines wertvollen Gebisses übernimmt, so kann bei Unfähigkeit des Schuldners zur persönlichen Ausführung zwar ursprüngliches Unvermögen vorliegen; aber es kann nur darauf beruhen, daß er nicht in der Lage ist, die Arbeit durch einen sachkundigen Dritten vornehmen zu lassen; mit anderen Worten, es hat seinen Grund stets in Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. Aus § 279, der seinen Worten nach nicht nur von nachträglichem Unvermögendwerden handelt, ist aber als Gedanke des Gesetzgebers verallgemeinernd zu entnehmen, daß der Schuldner für jedes nur auf Zahlungsunfähigkeit beruhende Unvermögen unbedingt einzustehen hat (S. 218).

d) Kraft der Dienstpflicht hat, wie oben ausgeführt, der Schuldner nur zu gewähren, was er bereits hat, nämlich den Gebrauch seiner Arbeitskraft. Ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung ist deshalb hier nur als objektive denkbar; im Fall sofortiger Unfähigkeit ist der Dienstvertrag nach § 306 nichtig; es besteht nur nach § 307 eine Pflicht zum Ersatz des negativen und nur im Fall der Garantieübernahme, die freilich stillschweigend in den meisten Dienstverträgen enthalten sein wird, eine solche zum Ersatz des Erfüllungsinteresses, d. h. auch hier zum Geldersatz.

2. Scheidet man die Fälle aus, die sich als solche einer objektiven Unmöglichkeit ergeben haben, so bleibt für ursprüngliches Unvermögen; das überhaupt nur bei Produktionspflichten in Betracht kommt,

a) die schon gewonnene Regel, daß der Schuldner nach unmittelbar oder entsprechend anzuwendenden Spezialvorschriften wegen ursprünglichen Mangels im Recht aus unentgeltlichen Verträgen nur im Falle der Arglist, aus anderen Rechtsgeschäften unbedingt einzustehen hat;

b) der aus § 279 abzuleitende allgemeine Satz, daß er auch für jedes nur auf Zahlungsunfähigkeit beruhende Unvermögen unbedingt ersatzpflichtig ist.

c) Für alle übrigen Fälle bestimmt das BGB. unmittelbar keine Ersatzpflicht; diese müßte also, da sie insbesondere aus § 306 nicht folgt, unterschiedslos verneint werden, wenn sie nicht durch Analogie aus anderen Vorschriften entnommen werden könnte. Beruht das Unvermögen auf einem Umstande, den der Schuldner nach § 275 auch bei nachfolgendem Eintritt nicht zu vertreten haben würde, so gibt es keine solche Vorschrift; es besteht aber auch zur Annahme einer Ersatzpflicht — natürlich von den immer möglichen Fällen der Garantieübernahme abgesehen — nicht der mindeste Grund. Dagegen wird der Jurist wohl nicht um Vorschriften verlegen sein, aus deren entsprechender Anwendung die Ersatzpflicht des Schuldners für ursprüngliches Unvermögen da zu entnehmen ist, wo er nach dem Haftungsgrade des konkreten Schuldgeschäfts ein nachfolgendes zu vertreten haben würde. Dazu gehört der hier von Titze[1]) zur Analogie verwandte § 280, der zusammen mit §§ 284—286 den allgemeineren[2]) Satz

1) S. 252.
2) Vergl. E. Müller, Recht, 1902 S. 542.

ergibt, daß der Schuldner für jede ihm nach dem Haftungsgrad zur Last fallende Nichterfüllung der Schuld einzustehen hat, mag es sich um Unmöglichkeit, Unvermögen oder bloße Verzögerung handeln.

Vor allem ist aber auch hier zu beachten, daß alle Hindernisse, deren Ueberwindung zum geschuldeten Verhalten gehört, so lange weder Unvermögen noch Unmöglichkeit zur Folge haben, wie ihre Ueberwindung für den Schuldner oder wie sie überhaupt möglich ist. Die Unvermögensfälle sind weit seltener, als meist angenommen wird [1]).

---

1) Da die Arbeit im Herbst 1905 abgeschlossen war, konnte die Literatur von 1905 teilweise nur in den Anmerkungen, die von 1906 gar nicht benutzt werden. Nachzutragen ist Bechmann, Kauf 3, zu S. 104 f.: 119; zu S. 164 f.: 5; zu S. 179 f.: 134; zu S. 235: § 268; zu S. 244: 108, 120 f., 128; zu S. 254: 120.

Boethkes Rezension, Gruchot 50, 160 ff. veranlaßt mich, anders als oben S. 93 A. 3, jetzt der Mittelmeinung von Cosack beizutreten. Läßt ein Gläubiger zunächst eine Sache pfänden, und beauftragt er den Gerichtsvollzieher, erst nach der Versteigerung wegen einer anderen Forderung die hyperocha zu pfänden, so ist nach der herrschenden Meinung die erste Pfändung anfechtbar, die zweite als Geldpfändung nicht! Daß hier ein Fehler unterliegen muß, glaube ich auch jetzt noch. Boethke überzeugt mich aber davon, daß derselbe nicht in der Plenarentscheidung steckt, die die Pfändung, sondern in der anschließenden Praxis, die auch die Versteigerung für anfechtbar hält. Die Fahrnispfändung ist als Beschlagnahme nur Vorbereitung der Zwangserfüllung und ohne anfechtungsbedürftigen Erfolg, als Pfändung außerdem Sicherung. Der Sicherungserfolg ist nebensächlich; er fehlt auch heute bei der Beschlagnahme von Grundstücken. Darum ist das bei Beschlagnahme von Fahrnis nebenher eintretende Pfandrecht, ebenso wie die Sicherungsvollstreckung in Grundstücke, § 866, 1 ZPO., als nicht geschuldete Sicherung anfechtbar, die Aushändigung des Versteigerungserlöses von Fahrnis, wie von Grundstücken als geschuldete Erfüllung unanfechtbar; daß sie gar nicht Realisierung des anfechtbaren Pfandrechts ist, zeigt die Vollstreckung in Grundstücke, bei der die Beschlagnahme ohne ein Pfandrecht zur Versteigerung führt.

III.

Das Datum des eigenhändigen Testamentes.

Von Prof. Dr. E. Hölder in Leipzig.

Bezüglich des für das eigenhändige Testament in § 2231 BGB. bestimmten Formerfordernisses der „Angabe des Ortes und Tages“ wird teils behauptet teils verneint, daß der angegebene Ort und Tag der Ort und Tag der vollzogenen Testamentserrichtung sein müsse, so daß nur im Falle der Angabe dieses Ortes und Tages die Form des eigenhändigen Testamentes beobachtet sei. Während der Verfasser (IheringsJ. 41, 303 ff.) eine Mittelmeinung vertreten hatte, so hat die unbedingte Verneinung jener Frage namentlich Ritgen in Plancks Kommentar und Strohal in seinem Erbrecht verfochten. Dagegen hat das Reichsgericht, wie ein Urteil seines vierten Zivilsenats vom 7. April 1902 erklärt, „in ständiger Rechtsprechung den . . . Standpunkt eingenommen, daß unbedingt die Datierung der Wahrheit entsprechen müsse“ (Entsch. 51, 169). Diesem Ausspruche gegenüber hat Strohal in der dritten Auflage seines Buchs an seinem gegenteiligen Ergebnisse festgehalten, aber, wie er resigniert bemerkt, als einem „mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des RG. freilich nur sehr theoretischen“ (1, 114). Wie verhält es sich aber mit dessen nach seiner Angabe ständiger Rechtsprechung? Sie wird

gebildet durch vier Urteile, wovon drei sich noch nicht auf das Recht des BGB., sondern auf das französische Recht beziehen.

Das erste Urteil vom 16. Juni 1882 fordert die Nichtigkeit des Datums mit folgender Begründung. „Durch die Gefahr der Nichtigkeit für den Fall, daß das wahre Datum der Errichtung des Testamentes nicht angegeben wird, soll der Testierende veranlaßt werden, nicht bloß absichtliche Fälschungen des Datums zu unterlassen, sondern auch genaue Sorgfalt auf richtige Datierung zu verwenden.... Diese Strafandrohung soll eine gewisse Garantie dafür geben, daß das im Testament angegebene Datum das richtige ist, und hierin ist wohl auch der Hauptgrund für die unbestrittene Ansicht zu finden, daß das eigenhändige Testament ... sein Datum beweise" (Entsch. 7, 294). Diese Begründung ist nach mehr als einer Richtung auffallend. Sie nennt die Bestimmung der Nichtigkeit eines unrichtig datierten Testamentes eine Strafandrohung, während eine „Strafe", wenn wir sie auch im weitesten Sinne verstehen, doch keinesfalls am Platz ist, wo es an jeder Schuld fehlt, so daß von diesem Standpunkte aus eine irrige Datierung wenigstens als gänzlich unverschuldete die Nichtigkeit des Testamentes nicht begründen dürfte. Sie spricht von einer durch diese Strafandrohung bezweckten Garantie für Richtigkeit des Datums und erklärt, hierin liege wohl der Hauptgrund dafür, daß durch das eigenhändige Testament sein Datum bewiesen werde. Wenn aber die bloße Angabe des Testators ihre Richtigkeit beweist, worin liegt dann für ihn die Nötigung zu richtiger Angabe? Was er zu tun hat, um sein Testament nicht der Gefahr auszusetzen, daß es wegen unrichtiger Datierung nicht gelte, ist dann nicht dessen richtige Datierung, sondern nur dessen Errichtung unter solchen Umständen, daß die Unrichtigkeit der Datierung nicht bewiesen werden kann. Die Besonderheit des eigenhändigen Testamentes besteht namentlich

darin, daß es errichtet werden kann, ohne daß irgend ein anderer Mensch darum weiß, und ist es so errichtet, so ist in der Regel jeder Beweis über die Zeit seiner Errichtung ausgeschlossen, also der Testator nicht gehindert, eine beliebige Zeit derselben anzugeben. Gilt in Ermangelung des bewiesenen Gegenteils das Testament als errichtet an dem in ihm angegebenen Tage, so ist die Folge anstatt der für den Testator bestehenden Notwendigkeit, den wirklichen Errichtungstag anzugeben, die für ihn bestehende Möglichkeit, trotz seiner Testierunfähigkeit erfolgreich zu testieren durch Angabe eines Tages, an dem er testierfähig war. Dieser Fall ist heutzutage besonders praktisch durch die eingetretene Vermehrung der Entmündigungsgründe. Nach jener Auffassung könnte der Entmündigte seine Testierunfähigkeit dadurch illusorisch machen, daß er als Tag seiner Testamentserrichtung einen solchen angibt, der seiner Entmündigung vorherging. Wie dieses Ergebnis praktisch unerträglich wäre, so ist es begrifflich ein schreiender Widerspruch, zu sagen, das Testament habe keine Geltung ohne richtige Datierung und doch seine Datierung ohne Beweis als richtig gelten zu lassen, wodurch dem angeblich durch jene Bestimmung zu richtiger Datierung genötigten Testator eine beliebige Datierung freisteht, sobald er nur heimlich genug handelt, um die Zeit seines Handelns der Konstatierung zu entziehen.

In dem durch jenes Urteil entschiedenen Falle handelte es sich um ein nach seinem Datum am sechzehnten, dagegen nach der Behauptung der einen Partei schon am fünfzehnten Mai 1880 errichtetes Testament. War das Datum unrichtig, so beruhte seine Unrichtigkeit sicher nicht auf Absicht, sondern auf einem höchst entschuldbaren Versehen. Ist es vom Standpunkt der notwendigen Richtigkeit des Datums aus willkürlich, dem sie Bestreitenden den Beweis seiner Behauptung auf-

zuerlegen, so ist es vom Standpunkt ihrer Forderung als einer „Strafandrohung“ aus unbegreiflich, daß die Strafe verwirkt haben soll, wer sich vielleicht über eine Minute irrte, obgleich den Menschen keineswegs stets eine bis auf die Minute und Sekunde genaue Zeitkenntnis zugänglich ist.

In Beziehung auf den Beweis der Unrichtigkeit des Datums fügt das Urteil noch hinzu: „Dabei wird es wesentlich auf den Zeitpunkt, wo das Testament vollendet, d. h. die Unterschrift beigesetzt worden ist, ankommen.“ Diese Bestimmung der Vollendungszeit als der Zeit der beigesetzten Unterschrift ist aber nicht richtig. Die Unterschrift ist notwendig räumlich das letzte oder hinterste Stück der schriftlichen Willenserklärung[1]. Sie ist es aber keines notwendig auch zeitlich. Es kann nicht nur die Datierung nachfolgen, sondern ebenso die Bezeichnung des unterschriebenen Inhalts oder eines Teils desselben. Will ich bestimmten Personen Vermächtnisse hinterlassen, deren Betrag zu bestimmen ich mir noch vorbehalte, und schreibe ich das sie anordnende Testament so nieder, daß ich schon jetzt es datiere und unterschreibe, auch die Bedachten bezeichne und nur den Raum für die ihnen zugedachten Beträge offen lasse, so wird erst durch deren Einsetzung das Testament vollendet. Und zwar wird es für jeden Bedachten durch die Einsetzung des ihm zugedachten Betrages vollendet als ein ihn bedenkendes.

---

1) Dies ist bestritten. Strohal (a. a. O. 108) meint, das Datum werde „sogar unter der Unterschrift stehen dürfen“. Ebenso erklärt ein Urteil des RG. vom 13. Okt. 1902 (Entsch. 52, 278 ff.) die Gültigkeit des Testamentes für nicht ausgeschlossen dadurch, daß „die Unterschrift räumlich vorangeht und das Datum nachfolgt“. Das Datum ist aber ein Teil der Erklärung, die unterschrieben sein muß, damit ein gültiges Testament vorliege. Ist es nicht unterschrieben, weil es erst unter oder hinter der Unterschrift steht, so hat ebenso das ganze Testament keine Geltung, wie der Geltung entbehrt eine räumlich der Unterschrift nachfolgende Bestimmung.

Ein zweites Urteil des Reichsgerichts, auf das sich neben jenem ersten das Reichsgericht im Urteil von 1902 als Beleg seiner ständigen Rechtsprechung beruft, kann als solcher kaum gelten. Es hat nicht die Entscheidung der Frage, ob das Datum richtig sein muß, zum Gegenstande, sondern gedenkt nur der Nichtigkeit eines bestimmten Testamentes wegen seiner unrichtigen Datierung als einer solchen, die „unter den Parteien nicht streitig“ sei, ohne auf diesen Nichtigkeitsgrund weiter einzugehen (Entsch. 29, 330).

Ein drittes Urteil von 1899 tritt dem ersten entgegen und erklärt, daß es nicht oder doch nicht schlechthin ankomme auf den Tag der Unterschrift. „Das Datum ist nach Art. 970 (C. N.) ein wesentlicher Teil des eigenhändigen Testamentes, ebenso wie die Unterschrift, und die Zufügung des Datums auf ein bis dahin zwar geschriebenes und unterschriebenes, aber noch nicht datiertes Testament bildet, indem sie ein noch fehlendes Erfordernis erfüllt, den letzten Teil der Testamentserrichtung selbst, durch welche (sollte wohl heißen: welchen) der Wille des Testators, von Todes wegen nach Inhalt der bereits vorhandenen und unterzeichneten Niederschrift zu verfügen, nunmehr in rechtsgültiger Form zum Ausdruck kommt“ (Entsch. 43, 380). Unklar bleibt dabei, ob im Fall späterer Datierung diese ihren wirklichen, dem Tage der Unterschrift folgenden Tag nur angeben darf oder angeben muß, sowie was gilt im Falle früherer Datierung. Und unklar bleibt die ganze Forderung der Richtigkeit des Datums. Sie wird als begründet bezeichnet wegen der schon durch das erste Urteil betonten Wichtigkeit der Zeit, zu der das Testament errichtet wurde. „Von diesem Standpunkt aus muß allerdings im Sinne des Gesetzes die Forderung der Notwendigkeit der Datierung auch die Forderung der Richtigkeit des Datums ergeben.“ Dem wird aber beigefügt: „Anders verhält sich die

Sache in der vorliegenden Frage" und gesagt, es könne hier das Datum nicht „schon um deswillen ein unrichtiges" genannt werden, weil es „einen anderen Tag bezeichnet als denjenigen, an welchem das Testament geschrieben, bezw. unterschrieben ist". Das Reichsgericht scheint also in der Zulässigkeit eines nicht den Tag der Unterschrift bezeichnenden Datums eine Abweichung vom Erfordernis der Richtigkeit des Datums zu sehen, und es bleibt sowohl die Existenz als der Inhalt dieses Erfordernisses im Dunkeln. Mit Unrecht ist der durch das Datum angegebene Tag der zuletzt erfolgten Datierung ein anderer genannt als derjenige, an welchem das Testament geschrieben ist. Zum Schreiben des Testamentes gehört gleichmäßig das Schreiben seines Inhaltes, der Unterschrift und des Datums. Sobald nicht dieses alles an einem Tage geschrieben ist, existieren anstatt eines Tages mehrere Tage, an denen das Testament geschrieben ist und von denen der Tag der Datierung ebensogut einer ist wie der Tag der Unterschrift oder der Niederschrift irgend eines Teils des Testamentsinhalts.

Nachdem so zwei Urteile vorangegangen waren, wovon das eine die Richtigkeit des Datums schlechthin fordert für den Tag der Unterschrift, während das zweite jenem entgegentritt, ohne zu einer präzisen Bestimmung des vom Testator anzugebenden Ortes und Tages zu gelangen, erklärt das Urteil vom 8. April 1902, das erste unter der Herrschaft des BGB. ergangene, das Reichsgericht habe „in ständiger Rechtsprechung den . . Standpunkt eingenommen, daß unbedingt die Datierung der Wahrheit entsprechen müsse" (Entsch. 51, 169). Es erklärt, es müsse für das BGB. festhalten „an der strengen Auffassung, die das Reichsgericht früher bezüglich des französischen Rechts vertreten hat". Daß sie für dieses wirklich zutraf, behauptet es nicht, erwähnt vielmehr, „daß die französische Theorie und Praxis gegenüber dem Grundsatze des Datierungs-

gebotes (soll heißen: des Gebotes richtiger Datierung) immerhin gewisse Maßgaben zugelassen hatte." Besonderen Grund zur strengsten Auslegung soll aber der Wortlaut des BGB. geben, weil es das daté des code ersetzt habe durch die Worte „unter Angabe des Ortes und Tages". Diese Fassung könne „nur auf eine verstärkte Formsicherheit für das eigenhändige Privattestament abzielen, in dem Sinne, daß der Erblasser zu einer wahrheitsgetreuen Angabe der Zeit und des Ortes der Errichtung mit Bezug auf den Gesamtinhalt des Testamentes genötigt werden soll" (S. 169). Wie hier von der Richtigkeit des Datums „mit Bezug auf den Gesamtinhalt des Testamentes" die Rede ist, so heißt es auf S. 168, daß die Datierung „im Verhältnis zum Texte und zu der Unterschrift der Wahrheit entsprechen muß" und auf S. 167, daß erforderlich sei „eine genaue und richtige Angabe, die den Gesamtinhalt des Testamentes decke". Man kann dies nur so verstehen, daß der angegebene Ort und Tag der Ort und Tag sein muß, an dem das ganze Testament niedergeschrieben wurde, was auch allein richtig ist, wenn er der Tag der Testamentserrichtung sein muß; denn die Errichtung des eigenhändigen Testamentes umfaßt seine ganze Niederschrift. Besteht aber in diesem Sinne das Erfordernis richtiger Datierung, so ist die unausweichliche Folge, daß die ganze Niederschrift des eigenhändigen Testamentes am angegebenen Tage erfolgt sein muß, also nicht an verschiedenen Tagen erfolgt sein darf. Nichts weist darauf hin, daß die Verfasser des Urteils sich diese Konsequenz desselben vergegenwärtigt haben. Unbestreitbar aber ist es, daß wir nur die Wahl haben, sie uns gefallen zu lassen oder die Auffassung, deren Konsequenz sie ist, zu verwerfen. Würden wir sie annehmen, so kämen wir selbst dann zu einem die Geltung der meisten eigenhändigen Testamente ausschließenden Ergebnisse, wenn wir die Richtigkeit der Orts- und Tagesangabe des

Testators ohne weiteres gelten ließen vermöge des doppelten ihm geschenkten Zutrauens, daß er den Ort und Tag ihrer Vollziehung sowohl habe angeben wollen als habe angeben können. Denn wenn auch das von mir geschriebene Datum die glaubhafte Versicherung enthalten mag, daß ich es an dem von mir angegebenen Ort und Tag geschrieben habe, so enthält es doch keinesfalls, wenn es an der Spitze eines Schriftstücks steht, die Versicherung, daß dieses in seinem ganzen Umfange noch an jenem Ort und Tage geschrieben worden sei, und wenn es am Ende des Schriftstücks steht, die Versicherung, daß dieses in seinem ganzen Umfange erst an jenem Tage geschrieben worden sei.

Das Reichsgericht gründet die Notwendigkeit richtiger Datierung zunächst auf den Wortlaut des BGB. Wie aber dieses für das eigenhändige Testament Angabe des Ortes und Tages, so verlangt der Art. 4 und 96 WO. für den Wechsel „die Angabe des Ortes, Monatstages und Jahres der Ausstellung", und doch nimmt weder die Theorie noch die Praxis an, daß dieser der Tag der wirklich erfolgten Ausstellung sein müsse.

Als sachlichen Grund für das Erfordernis richtiger Datierung betont das Reichsgericht die Bedeutung, die dem Tage der Testamentserrichtung zukommt. Unstreitig kann für die Ueberlebenden gar sehr das Bedürfnis bestehen, ihn zu kennen. Dieses Bedürfnis wird aber durch die Angabe des Testators nicht befriedigt, der man ihre Richtigkeit oder Unrichtigkeit in keiner Weise ansehen kann. Besteht nur im Fall ihrer Richtigkeit das Testament zu Recht, so ist die notwendige Folge, daß jeder dessen Gültigkeit bestreiten kann bis zum geführten Beweise ihrer Richtigkeit. Nun soll aber gerade der besondere Wert des eigenhändigen Testamentes in der Möglichkeit seiner Errichtung ohne jedes fremde Mitwissen bestehen. Daß

liegt es in seiner Natur, daß gleich den übrigen Umständen seiner Errichtung ihre Zeit sich jeder Feststellung entziehen kann, und es steht mit dieser seiner Natur in unauflöslichem Widerspruch, wenn seine Gültigkeit abhängen soll von der Richtigkeit einer Angabe, deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit festzustellen nicht etwa nur unter besonderen Umständen, sondern gerade dann unmöglich ist, wenn die Form verwendet wurde zu dem Zweck, zu dem sie verwenden zu können für den Testator ihren spezifischen Vorzug vor anderen Testamentsformen begründet, nämlich zum Zwecke des Testierens ohne jedes fremde Mitwissen.

So groß auch für die Ueberlebenden das Interesse daran sein mag, die Zeit der Testamentserrichtung zu kennen, so ist doch irgend welche Sicherung der Befriedigung dieses Interesses mit dem eigenhändigen Testamente nicht vereinbar. Dasselbe gilt von anderen noch wichtigeren Interessen. Viel wichtiger als der Errichtungstag des Testamentes ist für seine Geltung die Frage, ob es nicht im Zustand vorübergehender Störung der Geistestätigkeit errichtet wurde und ob nicht der Testator zu seiner Errichtung widerrechtlich bestimmt worden war. Da es keiner Zeugen bedarf, kann es namentlich durch widerrechtliche Einwirkung des in ihm Bedachten veranlaßt sein, die nie zu Tage tritt, weil der Testator vielleicht bald nachher gestorben ist und kein Dritter von der Sache weiß. Ließ man das eigenhändige Testament zu trotz des von ihm unzertrennlichen Verzichtes auf jede Feststellung darüber, daß der Testator nicht im Zustand gestörter Geistestätigkeit sich befand und nicht durch seine Umgebung widerrechtlich beeinflußt war, was beides gerade bei Testamenten leichter als bei anderen Rechtsgeschäften vorkommt, so konnte man es auch zulassen ohne Feststellung seiner Errichtungszeit. Und man mußte es ohne diese zulassen, da die dem Testator auferlegte Angabe derselben

keine Garantie für deren Richtigkeit bietet, während jede weitere Sorge für jene Feststellung unverträglich ist mit der Natur des eigenhändigen Testamentes.

Im französischen Recht, aus dem wir das eigenhändige Testament übernommen haben, herrscht, wie das Reichsgericht sich ausdrückt (Entsch. 51, 169), „die Auslegung, daß mindestens grundsätzlich die Datierung eine wahre sein müsse". Nichts kann aber der Bedeutung einer notwendigen Form mehr zuwider sein, als daß sie zwar „grundsätzlich" ein bestimmtes Merkmal hat, aber unter Umständen es nicht haben muß, ohne daß genau gesagt werden könnte, welche Merkmale sie unter allen Umständen haben muß.

Wer für das eigenhändige Testament die Abhängigkeit seiner Gültigkeit von der Richtigkeit seiner Datierung behauptet, müßte sie noch entschiedener behaupten für Erklärungen, die enthalten sind in öffentlichen der Datierung bedürfenden Urkunden. Ihre Datierung hat den Zweck, den Ort und Tag ihrer Vollziehung zu konstatieren. Und sie erreicht auch in der Regel diesen Zweck, weil sie durch die publica fides der die Urkunde ausstellenden Behörde oder publica persona beweist, daß die Urkunde am angegebenen Ort und Tag ausgestellt wurde. Wie aber, wenn dieser Beweis zerstört wird durch den geführten Beweis des Gegenteils? Es wird bewiesen, daß bei der Aufnahme eines gerichtlichen oder notariellen Testamentes die Uhr, an die man sich gehalten hatte, nicht ganz richtig ging und daß die angeblich noch vor Mitternacht beendigte Verhandlung erst nach Mitternacht zu Ende war. Vom Standpunkte aus, daß das Protokoll den „Tag der Verhandlung" (§ 2241 Nr. 1 BGB.), also den einen Tag der ganzen Verhandlung angeben muß, ist hier weder die Angabe des abgelaufenen noch die Angabe des angebrochenen Tages die richtige, vielmehr die Urkunde schon deshalb ungültig, weil

ein bestimmter „Tag der Verhandlung" überhaupt nicht existiert. Sollen wir das annehmen? Und sollen wir dieselbe Ungültigkeit annehmen, wenn der Protokollführer aus Versehen eine falsche Zahl geschrieben hat und dies unbemerkt geblieben ist? Wir können dies nicht annehmen und können auch keinen Unterschied machen zwischen diesem Falle und dem Falle, daß er vielleicht aus Bosheit eine falsche Zahl geschrieben hat. Die Richtigkeit einer Angabe kann überhaupt nicht ein Formerfordernis der sie enthaltenden Urkunde sein. Die Form ist etwas Wahrnehmbares. Die Richtigkeit einer zur Form eines Rechtsakts gehörenden Angabe ist nichts, was man aus ihr selbst entnehmen könnte. Ist sie ein Formerfordernis, so kann sie eine solche sein, die den wirklichen Sachverhalt konstatieren soll und zum Zweck seiner Konstatierung vorgeschrieben ist. Nie ist aber ihre Vollziehung als eines Formerfordernisses davon abhängig, daß sie ihn wirklich und nicht nur scheinbar konstatiert. Die durch ein Protokoll vollzogene scheinbare Konstatierung hat wegen seines öffentlichen Glaubens bis zum Gegenbeweise die Bedeutung einer wirklichen. Durch diesen ergibt sich eine Berichtigung der Angabe des Protokolls, aber nicht seine Eigenschaft als eines in diesem Punkte der erforderlichen Form entbehrenden. Wie es den „Ort und Tag der Verhandlung", den es enthalten muß, auch dann enthält, wenn es ihn unrichtig angibt, so enthält es „die Bezeichnung des Erblassers und der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen" (§ 2241 Nr. 2) auch dann, wenn es diese Personen nicht richtig bezeichnet.

Ist so auch in Fällen, wo die zur Form einer Urkunde gehörende Orts- und Tagesangabe die Konstatierung des Ortes und Tages ihrer vollzogenen Ausstellung bezweckt, doch die Erfüllung jenes Erfordernisses unabhängig davon, ob sie den richtigen Ort und Tag angibt, so muß dies um so mehr vom

eigenhändigen Testamente gelten. Ist bei ihm die Notwendigkeit richtiger Datierung schon dadurch ausgeschlossen, daß es in der Regel den Beweis seiner Richtigkeit oder Unrichtigkeit überhaupt nicht zuläßt, so ist es eine andere Frage, ob nicht seine Datierung doch richtig sein soll. Nimmt man dies an, so kann man zur Nichtigkeit zwar nicht jedes, aber doch des bewußt unrichtig datierten eigenhändigen Testamentes dadurch gelangen, daß man sagt, wer sein Testament bewußt unrichtig datiere, sei sich eines bei der Testamentserrichtung unzulässigen Verhaltens bewußt und habe es sich selbst zuzuschreiben, wenn deshalb seine Handlung nicht die Eigenschaft eines wirklichen Testamentes habe. Diese Beschränkung der Nichtigkeit auf den Fall bewußt ungültiger Datierung wäre der von einer Strafandrohung redenden Begründung des ersten Reichsgerichtsurteils gemäß. Und zu diesem Ergebnisse war der Verfasser früher gelangt (a. a. O. S. 310). Dasselbe ist aber nicht vereinbar mit der Natur des Datierungserfordernisses als eines Formerfordernisses. Wäre die Richtigkeit der Datierung zwar nicht etwas, das zutreffen müßte, aber etwas, durch dessen bewußte Unterlassung der Testator die Gültigkeit seiner Willenserklärung verwirken würde, so müßte dies besonders bestimmt sein.

Daß der Testator nach dem Willen des Gesetzes das richtige Datum angeben soll, hatte der Verfasser früher angenommen in dem Sinne, daß er angeben soll den Ort und Tag der vollzogenen Datierung, der entweder derjenige der Testamentserrichtung oder doch einer von den Orten oder Tagen ist, auf die sich diese verteilte. Dadurch, daß anstatt der ersten Alternative die zweite zutreffen kann, ist selbst im Falle eines Testators, auf dessen Genauigkeit und Gewissenhaftigkeit voller Verlaß ist, nicht gegeben die Errichtung des ganzen Testamentes am bestimmten Tage. Schon dadurch

nun, daß es nicht notwendig einen bestimmten Ort und Tag der Errichtung des ganzen eigenhändigen Testamentes gibt und daß es doch einen solchen angeben muß, ist eine gewisse Willkür bezüglich seiner Bestimmung durch den Testator gegeben. Beginne ich die Niederschrift meines Testamentes mit seiner Datierung, womit ich jene ebensogut beginnen wie abschließen kann, so ist das Datum richtig als Angabe des Ortes und Tages, an dem ich es vollziehe. Erfolgt nun das Weitere ganz oder teilweise an anderen Orten oder Tagen, so gibt das Datum nicht den Ort und Tag der Vollendung des Testamentes an. Dieser ist der Ort und Tag der Unterschrift, wenn sie zuletzt erfolgte. Soweit ihr dagegen die Niederschrift des Inhalts erst nachfolgte, ist für jeden Teil seines Inhalts das Testament zur Vollendung gelangt mit dessen Niederschrift. Wir können aber das Testament, das uns als ein Ganzes entgegentritt und von der successiven Entstehung seiner Teile nichts verrät, nur als ein Testament und demgemäß nur einen Ort und Tag als den Ort und Tag seiner Errichtung behandeln, für dessen Bestimmung wir keinen anderen Anhaltspunkt haben als das Datum. Selbst wenn dieses unbedingt den Tag der erfolgten Datierung angeben müßte, hätte doch der Testator es in der Hand, wenn die ganze Testamentserrichtung sich auf verschiedene Orte oder Tage verteilt hat, dadurch, daß er das Datum am einen oder anderen niederschrieb, ihn als den Ort oder Tag der vollendeten Testamentserrichtung zu bezeichnen. Liegt mir daran, daß mein Testament von einem bestimmten vielleicht für mich besonders wichtigen Tage oder Orte datiert sei, so kann ich diesen Erfolg dadurch erreichen, daß ich es am bestimmten Orte und Tage datiere, während im übrigen seine Niederschrift an anderen Orten und Tagen sowohl längst erfolgt sein als erst später erfolgen kann. Wie nun, wenn ich das Testament, das nach

meinem Wunsche vom Ort und Tag eines bestimmten Festes datiert sein soll, schon vorher anderswo fertigstelle und von jenem Ort und Tag datiere? Ich tue damit weder etwas, das ich nicht tun dürfte, noch, was wenigstens den Tag angeht, etwas rechtlich Bedeutungsloses. Ich erkläre damit, daß ich erst für jenen Tag und damit nur für den Fall testiere, daß ich an ihm noch lebe und testierfähig bin. Wie ich diese Bestimmung ausdrücklich treffen könnte, so habe ich sie auch durch jene Datierung getroffen. Gebe ich umgekehrt einen Tag an, der zur Zeit seiner vollzogenen Angabe bereits verflossen ist, so entspricht meinem Willen die Behandlung meines Testamentes, wie wenn es schon an jenem Tage errichtet worden wäre. Nehmen wir den Fall, daß ich mehrere Testamente errichte, die nebeneinander gelten sollen. Ich habe sie vielleicht zwar im übrigen einschließlich der Unterschrift vollständig niedergeschrieben, aber beide oder eines von ihnen noch nicht datiert. Nun wird es mir zweifelhaft, ob sie in ihrem vollen Umfange nebeneinander gelten können. An der vollen Geltung des einen liegt mir mehr als an der vollen Geltung des anderen. Ich kann nun den Vorrang jenes Testamentes ohne jede Aenderung des Kontextes beider bestimmen durch das Datum. Gebe ich dem einen Testamente ein älteres Datum, so bestimme ich seine Geltung als eines schon an jenem früheren Tage errichteten und daher dem an einem späteren Tage errichteten Testamente nachstehenden. Zugleich habe ich auch hier bestimmt, daß es nur gelten soll, falls ich schon an jenem Tage es hätte errichten können. Habe ich einen Tag angegeben, an dem ich noch minderjährig war, so hat es keine Geltung, wenngleich erwiesen sein sollte, daß ich es erst als volljähriger errichtet habe.

In Beziehung auf den Wechsel wird allgemein angenommen, daß sein Datum nicht notwendig angibt den Tag,

an dem er ausgestellt ist, sondern auch möglicherweise den von jenem verschiedenen Tag, für den er ausgestellt ist. Auf das Testament kann diese Unterscheidung nicht in demselben Sinne angewendet werden. Rechtsakte unter Lebenden erfolgen in der Regel für die Gegenwart oder die Zeit ihrer vollendeten Entstehung in dem Sinne, daß diese die Zeit ihrer beginnenden Wirksamkeit ist. Sie können für eine bestimmte spätere Zeit erfolgen im Sinn des Aufschubs ihrer Wirksamkeit bis zu jener. Und sie können für eine frühere Zeit erfolgen in dem Sinne, daß ihre jetzt eintretende Wirksamkeit denselben Umfang haben soll, wie wenn sie schon zu jener Zeit eingetreten wäre. Letztwillige Verfügungen erfolgen in diesem Sinn stets für die Zukunft und nie für eine frühere Zeit als die ungewisse Zeit des Todes ihres Urhebers. Dagegen sind in einem anderen Sinn auch sie zwar in der Regel für die Gegenwart, aber möglicherweise für eine frühere oder spätere Zeit getroffen. Ich kann bestimmen, daß mein Testament nur gelten soll, wenn ich es auch an einem bestimmten späteren Tage hätte errichten können. Und ich kann ebenso bestimmen, daß es nur die Geltung eines an einem bestimmten früheren Tage errichteten haben soll. Die zweite Bestimmung begründet lediglich eine Einschränkung seiner Geltung dadurch, daß es vermöge derselben nur gilt, soweit es in der Form, in der es errichtet ist, schon an jenem Tage hätte errichtet werden können, und soweit nicht ihm widersprechende spätere Testamente existieren. Die erste Bestimmung begründet neben der Beschränkung der Existenz des Testamentes auf den Fall seiner noch am angegebenen Tage möglichen Errichtung seinen Vorrang vor ihm widersprechenden Testamenten, die aus der Zeit vor jenem Tage stammen oder als eigenhändige Testamente datiert sind. Daß ich die Geltung meines Testamentes durch ein ihm gegebenes älteres Datum einschränken kann, steht in voller Uebereinstimmung mit all-

gemeinen Grundsätzen. Daß ich sie durch ein ihm gegebenes jüngeres Datum erweitern kann, begründet eine Ausnahme von der entscheidenden Bedeutung der wirklichen Errichtungszeit für das; Geltungsverhältnis verschiedener Testamente, die aber deshalb unerläßlich ist, weil jedes Testament in einem bestimmten durch seine Zeit gegebenen Verhältnis seiner Geltung zu anderen Testamenten stehen muß, das sich für das eigenhändige Testament nur bestimmen kann durch die Zeit, die es als die seinige angibt, da die Zeit, zu der es errichtet ist, sich in der Regel der Konstatierung entzieht.

Ist das Datum maßgebend bezüglich der Zeit, für die das Testament errichtet ist und hat dieses nach der eigenen Bestimmung des Testators keine Geltung, wenn er zu jener Zeit nicht testierfähig war, so hat es unabhängig von seinem Willen keine Geltung, wenn er zur Zeit seiner wirklichen Errichtung nicht testierfähig war. Fehlte ihm die Testierfähigkeit zur Zeit der vollzogenen Datierung oder Unterschrift, so ist das ganze Testament nichtig. Fehlte sie ihm zur Zeit der Niederschrift eines bestimmten Teils seines Inhalts, so entbehrt dieser der Geltung. Wie steht es aber hier mit dem Beweise? Die geistige Gesundheit dessen, der einen Rechtsakt vollzogen hat, bedarf, da sie der normale Zustand des Menschen ist, keines Beweises. Testierunfähig kann aber der Mensch nicht nur durch eine Abnormität sein, sondern auch durch seine Jugend, und zwar wird er des eigenhändigen Testamentes erst fähig durch seine Volljährigkeit. Liegt nun ein eigenhändiges Testament vor, über dessen Errichtungszeit wir nichts wissen, so wissen wir auch nicht, ob der Testator zur Zeit seiner Errichtung volljährig war. Doch werden oft die getroffenen Bestimmungen durch die Gegenstände und die Personen, auf die sie sich beziehen, oder durch andere Umstände die Volljährigkeit des Testators ergeben; auch kann sich diese aus der Unterschrift

ergeben, sowohl durch deren Gestalt als durch das Prädikat, das er sich in ihr beilegt. Ohne Bedeutung ist sodann auch für diese Frage das Datum nicht. Es beweist nicht, daß der in ihm angegebene Tag, für den das Testament errichtet ist, zugleich der Tag ist, an dem es errichtet wurde. Aber es begründet in Ermangelung bestimmter Gegengründe doch die Wahrscheinlichkeit, daß kein allzugroßer Zwischenraum zwischen jenem Tage und der Zeit der Testamentserrichtung gelegen habe. Normalerweise hat der Testator nicht leicht ein Interesse daran, für eine Zeit zu testieren, die in großer Entfernung von der Zeit der Testamentserrichtung liegt, und er hat ein Interesse daran, dies nicht zu tun; denn er riskiert im Fall der Angabe einer viel früheren Zeit den Vorrang solcher Verfügungen der Zwischenzeit, die er vielleicht schon vergessen hatte, und im Falle der Angabe einer viel späteren Zeit die Vereitelung der Geltung des Testamentes durch seinen früheren Tod. Von einem schon durch das Datum gegebenen Beweise für die Zeit der Testamentserrichtung und damit für die Volljährigkeit des Testators zur Zeit derselben kann keine Rede sein. Wir werden uns aber damit begnügen müssen, daß seine Volljährigkeit zu dieser Zeit auch aus anderen Gründen wahrscheinlich war, da sonst die durch die Zulassung des eigenhändigen Testamentes bezweckte Möglichkeit des Testierens ohne fremdes Mitwissen illusorisch wäre. Ein je größerer Zwischenraum zwischen der Zeit der vom Testator erreichten Volljährigkeit und sowohl der Zeit seines Todes als der Zeit liegt, von der er das Testament datiert hat, desto wahrscheinlicher ist es, daß er während der ganzen Zeit seiner Errichtung schon volljährig war. Hat ein lange nach seiner eingetretenen Volljährigkeit gestorbener und, so viel wir wissen, nie geisteskrank oder entmündigt gewesener Mann ein Testament hinterlassen, das aus der Zeit seiner längst erreichten Volljährigkeit datiert ist, so ist es keines-

wegs ausgeschlossen, daß es noch aus der Zeit vor dieser stammt, und selbst die Vermutung der Richtigkeit des Datums würde die Frage offen lassen, aus welcher Zeit die ganze durch die Datierung und Unterschrift abgeschlossene Niederschrift stammt. Wir werden aber, damit nicht die ganze Geltendmachung des Testamentes unmöglich sei, mit der Wahrscheinlichkeit seiner Errichtung nach erreichter Volljährigkeit uns ebenso begnügen müssen wie ein längst Erwachsener, gegen den ein Schuldschein geltend gemacht wird, der nicht etwa Spuren hohen Alters an sich trägt, nicht durch die bloße Behauptung, er habe ihn vor seiner Volljährigkeit ausgestellt, dem Gegner den Beweis des Gegenteils aufbürden kann. Ist dagegen ein Testament etwa vom Tage der durch den Testator erreichten Volljährigkeit datiert, so war er zur Zeit der Testamentserrichtung auch dann testierunfähig, wenn er keinen anderen als den Tag der wirklichen Testamentserrichtung angeben wollte, aber über ihn ein Irrtum bestand, wozu, falls er bei Nacht testierte, ein Irrtum über eine Minute genügt. Sähen wir aber auch im Datum ein vollgültiges Zeugnis über die am angegebenen Tag vollzogene Datierung, so wäre es doch keinesfalls ein solches dafür, daß auch die ganze Niederschrift, an deren Schluß das Datum steht, erst an jenem Tag erfolgte. Und wenn sonst der Testator kein Interesse an der Angabe eines späteren Datums hat, falls nicht nach seinem eigenen Willen die Geltung seines Testamentes davon abhängen soll, daß er einen bestimmten späteren Tag erlebt, so hat er, wenn er noch als Minderjähriger handelt, ein solches in hohem Grade, um seinem Testamente zur Geltung zu verhelfen. Wird er vielleicht kurz vor seiner erreichten Volljährigkeit totkrank und verbindet sich mit seiner Hoffnung, diese noch zu erleben, seine Befürchtung, zur Zeit derselben nicht mehr die Kraft zur Errichtung eines Testamentes zu haben, so liegt es nahe genug,

daß er es schon jetzt errichtet, aber von einem späteren Tage datiert.

Wie ein aus der Zeit der kaum erreichten Volljährigkeit datiertes und vielleicht von einem Testator, der diese kaum erreicht hat, hinterlassenes Testament keine Geltung beanspruchen kann ohne den Beweis, daß es von einem Volljährigen errichtet wurde, so kann unter Umständen auch der Beweis erforderlich sein, daß der Testator nicht aus einem anderen Grunde testierunfähig war. So wenn er während bestimmter Zeit geisteskrank oder entmündigt gewesen ist. Das von ihm hinterlassene aus der Zeit vor seiner Geisteskrankheit oder Entmündigung datierte Testament kann keine Geltung beanspruchen ohne den Beweis, daß es wirklich aus ihr herrührt. Es besteht nicht nur die Möglichkeit, daß es aus der Zeit der Geisteskrankheit oder Entmündigung herrührt, sondern es besteht auch hier nicht die sonst durch das Datum gegebene Wahrscheinlichkeit seiner Errichtung zu einer von dem bestimmten Tage nicht allzu sehr entfernten Zeit, da der Testator, falls er zur Zeit der Testamentserrichtung testierunfähig war, ein Interesse daran hatte, seinem Testamente durch dessen Datierung aus der Zeit seiner früheren Testierfähigkeit den Schein der Gültigkeit zu geben. Es bedarf nicht des Beweises, daß die Testierfähigkeit des Testators nie durch einen anderen Grund als seine Minderjährigkeit ausgeschlossen war. War sie aber zu bestimmter Zeit durch einen solchen ausgeschlossen, so bedarf es des Beweises, daß die Testamentserrichtung nicht zu dieser Zeit erfolgt war. Ein früheres Datum des Testamentes gibt dafür keinerlei Anhaltspunkt, da es gerade den Zweck der Verdeckung seiner wirklichen Errichtungszeit haben kann. Ein späteres Datum ergibt dafür einen solchen um so weniger, je näher die in ihm angegebene Zeit der Zeit der Testierunfähigkeit steht. Je ferner sie dieser steht, desto wahrscheinlicher wird es,

daß die Testamentserrichtung nicht in die Zeit der Testierunfähigkeit zurückreicht. Hinterläßt ein alter Mann ein aus der Zeit kurz vor seinem Tode datiertes Testament, dessen einziger Inhalt die Erbeinsetzung eines noch älteren Bruders ist, und war er vielleicht vor 30 Jahren eine Zeit lang wegen Verschwendung oder Trunksucht entmündigt, so ergibt der Inhalt seines Testamentes nicht, daß es nicht während dieser Zeit errichtet sein könnte. Seine Gültigkeit kann aber ebensowenig wegen dieser bloßen Möglichkeit bestritten werden wie wegen der gleichfalls nicht ausgeschlossenen Möglichkeit, daß der Testator es ganz oder zum Teil noch während seiner Minderjährigkeit errichtet hat.

So müssen wir, wenn nicht die Geltung des Testamentes an der bloßen Möglichkeit scheitern soll, daß es in die Zeit der Testierunfähigkeit des Testators zurückreicht, dem Datum, wenn es auch keineswegs seine Richtigkeit beweist, doch einen gewissen Beweiswert beilegen, nämlich den Wert, daß es in Ermangelung des durch bestimmte Umstände begründeten Verdachts des Gegenteils die Vermutung begründet, die Zeit der Testamentserrichtung stehe der durch dasselbe angegebenen Zeit mehr oder weniger nahe, wobei weder das Maß dieser Nähe genauer bestimmt werden kann, noch das erforderliche Gewicht der jene Vermutung ausschließenden Verdachtsmomente[1]).

Ist es dem Datum, wie wir gesehen haben, wesentlich, die Zeit zu bezeichnen, für die das Testament errichtet ist, dagegen nicht wesentlich, die Zeit zu bezeichnen, zu der das

1) Es kann hier nicht eingegangen werden auf die Beweislast und ihre neuerdings stark angewachsene Literatur. Den Gegensatz der nur durch Gegenbeweis zu beseitigenden eigentlichen Rechtsvermutung und anderer schon durch den Verdacht des Gegenteils beseitigter Vermutungen hat der Verfasser betont in seinen Pandekten (1891) S. 380 und 383. Ueber den Beweis bezüglich der Handlungsfähigkeit den obigen Ausführungen Verwandtes bei Brodmann, ArchCivPrax. 98, 151 ff.

Testament errichtet ist, so bezeichnet es doch jene Zeit in der Form einer Bezeichnung dieser. Und es ist die Regel, daß beide Zeiten, wenn nicht ganz, so doch annähernd zusammenfallen oder nicht zu weit auseinander liegen. Aus der Errichtung des eigenhändigen Testamentes für eine bestimmte Zeit darf daher in Ermangelung besonderer Gegengründe geschlossen werden, daß es zwar nicht gerade zu dieser Zeit, aber während einer von ihr nicht allzusehr entfernten Zeit errichtet wurde. Das Reichsgericht hat bemerkt (Entsch. 52, 281), das gesetzliche Formerfordernis des Datums könne nur die Bedeutung haben, die „in den Anschauungen und Gewohnheiten des täglichen Lebens das einer schriftlichen Erklärung beigefügte Datum der Regel nach hat", und danach könne das Datum „nur so verstanden werden, daß der Erklärende damit feststellt und bezeugt, er gebe die Erklärung an dem angegebenen Orte und dem angegebenen Tage ab". Allerdings nun bezeichnet, wer ein Datum schreibt, durch den Wortlaut seiner Niederschrift den bestimmten Ort und Tag als denjenigen, an dem er schreibt. Er bezeichnet ihn aber damit keineswegs notwendig als den Ort und Tag, an dem er seine Erklärung abgibt. Beginnt ein Brief räumlich mit dem Datum, so gibt er sich, da die räumliche Aufeinanderfolge der Worte gewöhnlich mit der Zeitfolge ihrer Niederschrift zusammenfällt, als ein an jenem Ort und Tag begonnener. Schließt er mit dem Datum, so gibt er sich als ein am angegebenen Ort und Tag zu Ende geschriebener. Die briefliche Erklärung ist aber noch nicht abgegeben durch die vollendete Niederschrift des Briefes, sondern erst dadurch, daß sein Urheber seine Absendung an seinen Empfänger vollzogen oder angeordnet hat; die briefliche Erklärung gibt sich daher auch durch das an ihrem Schlusse beigefügte Datum nicht als eine am angegebenen Ort und Tage abgegebene.

Wenn sodann die meisten Datierungen in der Tat den Ort und Tag angeben mögen, an dem sie erfolgen, so ist doch das Gegenteil keineswegs selten. Wir können aus den verschiedensten Gründen das Bedürfnis haben, eine Urkunde von einem bestimmten Orte oder Tage zu datieren, der nicht der Ort oder Tag ihrer vollzogenen Datierung ist. Wir können dieses Bedürfnis namentlich haben zum Zweck ihrer rechtlichen Gleichstellung mit einer an jenem Ort und Tag von uns vollzogenen, die uns in bestimmten Beziehungen nicht zusteht, aber in anderen zusteht und die wir durch solche Datierung natürlich nur insoweit bewirken können, als wir sie auch ausdrücklich anordnen könnten. Wir bezeichnen durch ein Datum sehr oft nicht den Tag, an dem, sondern den Tag, für den wir etwas durch das von ihm datierte Schriftstück aussprechen. Wer an einem Ehrentage ein von diesem datiertes Diplom vielleicht aus weiter Ferne zugeschickt bekommt, würde mit Recht für einen lächerlichen Pedanten gelten, wenn er an jenem Datum Anstoß nehmen wollte, weil es an einem früheren Tage geschrieben sein muß. So hat nach der Uebung des Lebens der Tag, von dem eine Erklärung datiert ist, die Bedeutung, daß sie für ihn erfolgte, wogegen aus dem Datum sich nicht ergibt, ob sie an ihm erfolgte oder im Vor- oder Rückblick auf ihn an einem früheren oder späteren Tage. Wenn es aber nie den sicheren Schluß ergibt, daß die Erklärung vom bestimmten Tage herrührt, so ergibt es doch in der Regel die Wahrscheinlichkeit, daß sie aus einer Zeit herrührt, wo jener Tag entweder schon in verhältnismäßig naher Sicht war oder einer noch nicht sehr entfernten Vergangenheit angehörte. Dieser Auffassung des Lebens entspricht durchaus unsere Auffassung der Bedeutung, die dem Datum eines eigenhändigen Testamentes zukommt. Einwenden läßt sich gegen sie, daß sie in Beziehung auf den Beweis der zur Zeit seiner Errichtung dem

Testator zukommenden Testierfähigkeit weniger verlangt als grundsätzlich zu verlangen wäre. Die Zulassung des eigenhändigen Testamentes als eines ohne jedes fremde Mitwissen errichteten läßt sich aber mit der Forderung vollen Beweises der während der ganzen Zeit der Testamentserrichtung dem Testator eigenen Testierfähigkeit nicht vereinigen, weil sie die Möglichkeit der Konstatierung dieser Zeit in der Regel ausschließt. Kann anderenteils das Datum keinesfalls als Beweis der ganzen Errichtung des Testamentes an dem durch dasselbe angegebenen Tage gelten, so bleibt nichts übrig als sich zu begnügen mit der überwiegenden Wahrscheinlichkeit der Errichtung des Testamentes zu einer Zeit, zu der sein Urheber testierfähig war. Die dadurch gegebene große Unsicherheit der Entscheidung über die Existenz eines eigenhändigen Testamentes ist nur eine von vielen durch seine Zulassung gegebenen Unsicherheiten. Will man eine Erklärung von solcher Wichtigkeit ermöglichen, ohne daß bei Lebzeiten ihres Urhebers irgend ein anderer Mensch etwas davon weiß, so kann man das nur tun um den Preis nach dem Tode des Testators bestehender großer Ungewißheit über die Umstände, unter denen sie erfolgte. Wer so testiert, kann es nicht tun, ohne gar sehr Gefahr zu laufen, daß, wenn nicht alle Beteiligten seine Verfügung gelten lassen, sie der Geltung entbehrt, weil ungewiß ist, ob er zur Zeit ihrer Errichtung testierfähig war.

Ist das Datum nur ein unsicherer Anhaltspunkt für die Zeit der Testamentserrichtung, so dient dagegen sein Erfordernis gleich dem Erfordernisse der Unterschrift der sicheren Abgrenzung eigenhändiger Testamente von bloßen Testamentsentwürfen. Zwar kommt das eigenhändige Testament keineswegs notwendig durch die Datierung oder Unterzeichnung, sondern nur nicht ohne die eine und die andere zu stande. Während sich aber von selbst versteht, daß kein Testament existiert ohne die

Existenz eines durch sie datierten und unterschriebenen Testamentsinhalts, so wäre der Niederschrift eines solchen, wenn sie für sich zur Testamentserrichtung genügte, nicht anzusehen, ob durch sie ihr Urheber ein Testament nur entwerfen oder errichten wollte. Das für die schriftliche Willenserklärung bestehende Erfordernis der Unterzeichnung läßt das nicht unterzeichnete Schriftstück als ein solches erkennen, das die Bedeutung einer Willenserklärung nicht hat. Durch das für das eigenhändige Testament außerdem bestehende Erfordernis des Datums ist einmal der Umfang dessen etwas erweitert, was vorliegen muß, damit rechtlich das Testament nicht nur ein entworfenes, sondern ein vollzogenes sei. Es ist damit außerdem eine bestimmte Zeit gegeben, für die es errichtet sein muß und die maßgebend ist für sein Rangverhältnis zu anderen Testamenten. Und es ist ein gewisser, aber nicht sicherer und unter Umständen ganz versagender Anhaltspunkt gegeben bezüglich der Zeit seiner erfolgten Errichtung.

IV.

Ueber Stammlers „Lehre vom richtigen Recht".

Von Oberlandesgerichtsrat **Staffel** in Dresden.

Die Zahl der elastischen Rechtsnormen, die dem richterlichen Ermessen Raum gewähren, ist im BGB. im Vergleich zu früheren privatrechtlichen Gesetzgebungswerken anerkanntermaßen erheblich gestiegen. Damit ist auch die Bedeutung der allgemeinen Rechtsbegriffe, auf deren Hilfe sich der Gesetzgeber hierbei angewiesen sah, mehr als früher in den Brennpunkt des wissenschaftlichen Interesses gerückt und die theoretische Arbeit hat sich daher ihrer Zergliederung neuerdings in eingehenderer Weise als vorher zugewendet. Unter all diesen Bemühungen nimmt wissenschaftlich den ersten Rang unstreitig Stammlers Lehre vom richtigen Recht ein. Die Jurisprudenz hat den rechtsphilosophischen Bestrebungen, soviel sie ihnen auch für ihre Grundlagen zu danken hat, niemals eine lebhaftere Aufmerksamkeit geschenkt, weil sie den Aufgaben des praktischen Rechts mehr oder minder fremd gegenüberstanden. In Stammlers Lehre hat nun aber — wohl zum ersten Male wieder seit den Tagen des Naturrechts — die Rechtsphilosophie eine unmittelbare Verbindung mit den Aufgaben des Rechtslebens gesucht und eine unmittelbare praktische Verwendung ihrer Ergebnisse angestrebt. Deshalb kann sich die

Rechtswissenschaft der Auseinandersetzung mit ihr nicht entziehen. Die vorliegende Arbeit soll einen bescheidenen Beitrag hierzu liefern. Sie will aber zugleich auch im Hinblick auf die vielfachen Mißverständnisse, denen die Aufstellungen Stammlers bisher begegnet sind, einer richtigen Auffassung seiner Lehre Bahn zu brechen suchen.

Das wesentlichste Hindernis des richtigen Verständnisses sehe ich darin, daß die allgemeinen philosophischen Lehren, in deren Zusammenhang sich die Darlegungen Stammlers einreihen, von ihm nicht besonders klargelegt, sondern mehr vorausgesetzt und nur hie und da angedeutet sind. Deshalb müssen vorerst jene allgemeinen Grundlagen klargestellt werden. Sieht man sich in der juristischen Literatur nach den Erörterungen um, die den Rechtsbegriffen des guten Glaubens, der causa ꝛc. gewidmet werden, so findet man fast durchweg statt einer Analyse des Begriffsinhalts eine Verweisung auf die im Leben herrschenden Auffassungen und Aehnliches. Darin zeigt sich der Standpunkt des Empirismus, der als alleinige Quelle rechtlicher Normen die Erfahrung gelten läßt. Seine hervorragendste Erscheinung ist die Lehre der historischen Rechtsschule, die alles Recht als ein Erzeugnis des Volksgeistes ansieht, wie er sich in der geschichtlichen Entwickelung offenbart. Dem Empirismus steht schroff gegenüber der Rationalismus, der auf der bloßen Grundlage des Denkens das wahre Recht ergründen zu können vermeint. Sein hauptsächlichster Repräsentant ist die Naturrechtslehre, die aus vernunftmäßigen Grundsätzen inhaltlich bestimmte rechtliche Normen von unwandelbarer Geltung erzeugen wollte und ihre Ergebnisse der beweglichen Ordnung des positiven Rechts als das ideale Recht entgegenhielt. Sie meinte auch den Inhalt jener juristischen Blankettbegriffe, von denen oben die Rede war, für alle Zeiten festlegen zu können, so z. B. indem sie den Grundgedanken des

Anspruchs wegen ungerechtfertigter Bereicherung in dem Satze aussprach, daß sich niemand zum Schaden eines anderen bereichern solle. Zwischen dem Empirismus und dem Rationalismus steht der Kritizismus, der auf den geschichtlich gegebenen Rechtsstoff verstandesmäßige Prinzipien anwenden und auf diese Weise den Weg zur Auffindung des wahren oder „richtigen" Rechts weisen will. Dieser Richtung gehört Stammler an. Der Urheber der kritischen Philosophie ist Kant. Das hervorstechendste Kennzeichen seiner Lehre ist es, daß sie eine neue Methode begründen wollte: sie wollte philosophieren lehren. Ob darin der Hauptwert seiner Gedankenschöpfung beruht oder ob daneben auch andere Stücke seines Systems von gleicher Bedeutung sind, das ist eine Frage, die aufs lebhafteste umstritten ist. Für uns genügt es hier, zu konstatieren, daß unter den neueren Richtungen des Kritizismus, die sich bei der Wiederbelebung des Kant-Studiums in Deutschland entwickelt haben, sich eine befindet, die das Schwergewicht in der Kantschen Philosophie auf ihre methodischen Bestandteile legt und in ihnen schließlich das Dauernde und Bleibende der Errungenschaften des großen Denkers sieht. Es ist die Marburger Kant-Schule; an sie schließt sich Stammler an. Ihr Verdienst ist es, die kritische Methode vielfach vertieft und ihre Grundgedanken zu größerer Schärfe herausgearbeitet zu haben. An diesen philosophischen Standpunkt haben wir bei unserer Darlegung der Stammlerschen Lehre anzuknüpfen. Das Wesen der kritischen Methode wird am leichtesten klar, wenn man sie in ihrem Gegensatz zur genetischen Methode betrachtet. Das menschliche Bewußtsein können wir zum Gegenstand unseres Nachdenkens machen, indem wir es als ein tatsächlich bestehendes, ein gewordenes ins Auge fassen. Dann werden wir gewisse Regelmäßigkeiten im Ablauf der menschlichen Vorstellungen, des menschlichen Wollens und Fühlens

herausfinden und gewisse allgemeine Ueberzeugungen ermitteln, die auf diesen Gebieten gelten. Niemals werden wir aber auf diesem Wege dazu vordringen, Wahrheiten von unbedingter Allgemeinheit, von zeitloser Gültigkeit festzustellen. Wir können mit Hilfe jener Betrachtungsweise keine Kritik am Erkennen üben, keinen festen, für alle Zeiten gültigen, Maßstab finden, mit dem sich feststellen ließe, ob eine Erkenntnis unbedingte Anerkennung verdiene, ob sie notwendig und weshalb sie notwendig ist. Dies kann nur die kritische Methode zeigen, die darauf abzielt, diejenigen Elemente im Urteil — denn Erkennen ist Urteilen — bloßzulegen, denen unbedingte Notwendigkeit und strenge Allgemeinheit zukommt. In jedem Urteil sind Elemente enthalten, die nicht empirischen Ursprungs sind, die selbst erst die Erfahrung begründen, die ihr nicht nur zeitlich vorangehen etwa in dem Sinne, daß sie den Vernunftwesen angeboren sind, sondern die ihr logisch vorangehen, mit einem Worte Elemente, ohne die Erkenntnis schlechthin undenkbar ist. Diese Grundbestandteile will die kritische Philosophie in dem gesamten Umkreis der menschlichen Erfahrung aufsuchen. Für die drei großen Provinzen dieser Erfahrung hat sie Kant festzustellen gesucht, nämlich für die drei großen Kulturgebiete der Wissenschaft, der Sittlichkeit und der Kunst. Hier überall forschte er nach den allgemeingültigen und notwendigen Bedingungen, unter denen die Erfahrung daselbst nur möglich ist. Die kritische Philosophie kann man daher geradezu eine Theorie der Erfahrung nennen. Jene Bedingungen nun müssen eine Eigenschaft gemeinsam haben: sie können durchweg nur formaler Natur sein. Denn nur dann, wenn sie von allen inhaltlichen Bestimmungen frei sind, sind sie geeignet, die zeitlos gültigen Elemente der Erfahrung darzustellen. Die Form ist dabei zu verstehen im Gegensatz vom Stoff. Sie umfaßt, wie das bisher Dargelegte schon ergibt, diejenigen Bestandteile des Er-

fahrungsinhalts, ohne die der Stoff für die menschliche Erkenntnis nicht erreichbar ist, ohne die er ein ungeordnetes Mannigfaltiges bliebe. Die Form stiftet, wie wir es auch ausdrücken können, Ordnung im Chaos des sinnlichen Stoffes, indem sie das Mannigfaltige desselben zur Einheit bringt. So kann man denn auch sagen, die kritische Methode ist eine Methode, die uns anleitet, den Stoff der Erfahrung zur Einheit zusammenzuschauen. In jedem menschlichen Bewußtseinsinhalt sind Form und Stoff zunächst ungeschieden. Wir können uns aber der formalen Elemente durch gedankliche Analyse bemächtigen. Gelingt uns dies, so haben wir dann die dauernden Bestandteile der Erfahrung gefunden. Wollen wir dieses Ziel erreichen, so dürfen wir uns freilich nicht an der Generalisation genügen lassen. Denn verallgemeinern kann ich immer nur die durch die sinnliche Erfahrung an die Hand gegebenen stofflichen Elemente, die allgemeingültigen Bestandteile kann ich jedoch auf diesem Wege nicht finden. Wir dürfen also nicht nach dem bedingt, sondern nur nach dem unbedingt Allgemeinen fragen, nach den überempirischen Voraussetzungen der Erkenntnis, ohne die sie nicht möglich ist. — Die Frage, zu welchen Ergebnissen die Anwendung der kritischen Methode auf den obenbezeichneten drei Gebieten menschlicher Erfahrung führt, interessiert uns hier nur zum Teil. Im Bereiche der wissenschaftlichen Erfahrung ist es die räumlich-zeitliche Ordnung der Dinge, die das in der sinnlichen Wahrnehmung gegebene Mannigfaltige zur Einheit der Anschauung verknüpft, und sind es weiterhin die Kategorien, die hinwiederum als Verknüpfungsmittel der so gewonnenen Anschauungen dienen. Soweit das Herrschaftsgebiet dieser Verknüpfungsmittel reicht, so weit reicht die menschliche Erkenntnis. Die Dinge selbst mögen existieren, sie mögen nicht nur für uns als Erscheinungen, sondern auch für sich da sein: erkennbar sind sie, sowie sie uns erscheinen, nur vermöge jener Vernunftprinzipien, die wissenschaftliche Er-

fahrung erst möglich machen, sie konstituieren (konstitutive Prinzipien). Unser Erkenntnisstreben will sich nun aber mit den Urteilen, die die räumlich-zeitliche Ordnung und die Kategorien vermitteln, nicht begnügen, es geht vielmehr auf eine Erkenntnis noch höheren Ranges, auf eine solche, die die mit den bisher erwähnten Verknüpfungsmitteln gewonnenen Urteile in einer höchsten Einheit zusammenfaßt. Dieses Ziel ist wegen der schon betonten Begrenztheit der Erfahrung nicht erreichbar. Neue, außerhalb des Gebiets der Erfahrung liegende Anschauungen oder Begriffe lassen sich also nicht gewinnen. Nicht zu konstitutiven, sondern nur noch zu regulativen Prinzipien der Erfahrung vermag die Erkenntnis bei ihrem Streben nach der höchsten Einheit vorzudringen, in der Kantischen Ausdrucksweise zu Ideen, die Richtungslinien, Gesichtspunkte für die menschliche Forschung an die Hand geben, Erfahrung selbst aber nicht vermitteln und begründen können.

Eine solche Idee ist es, die auf dem uns zumeist interessierenden Gebiete der sittlichen Erfahrung unter den dem Gebiete der Sinnlichkeit angehörenden Trieben Einheit stiftet. Mit der Kategorie der Ursache ist hier nicht auszukommen. Sie ist wohl geeignet, bereits vorliegende Erzeugnisse des menschlichen Willens dem Verständnis zugänglich zu machen und die für ihre Begreiflichkeit notwendige Begriffseinheit herzustellen. Auf dem Gebiete der Ethik handelt es sich aber nicht um seiende, sondern um seinsollende Dinge, nicht um gegebene, sondern um erst hervorzurufende Wirkungen und zwar durch menschlichen Willen hervorzurufende Wirkungen, mit einem Worte um Zwecksetzungen. Welche höchste logische Einheit, frägt es sich daher, hat alles Zweckstreben zu regieren? Es ist der formale Endzweck der Uebereinstimmung aller einzelnen Bestrebungen untereinander, lautet die Antwort. Einen höheren Zweck, eine höhere Einheit gibt es logisch nicht. Die Anwendung der Logik auf das Gebiet des Willens enthält aber

nichts Befremdliches. Denn der Wille ist keine dunkle mystische Kraft, die selbständig neben dem Erkennen stünde, sondern er ist die Vorstellung von einem zukünftigen Erfolg als einem durch unsere Kraft zu bewirkenden. Er gehört also dem Bewußtseinsgebiet so gut an, wie die wissenschaftliche Erfahrung und das Urgesetz alles Bewußtseins, das Gesetz der Bewußtseinseinheit muß demnach auch ihn regieren. Konkrete, inhaltliche Zwecke sind nicht geeignet, das letzte Ziel des Wollens abzugeben. Denn es handelt sich ja um die Gewinnung eines obersten Gesichtspunktes, dem alle nur denkbaren Zwecke unterstellt werden können und der sich dadurch als ein allgemeingültiger ausweist. Das Richtige auf wissenschaftlichem Gebiet, das Wahre, ist gebunden an die obersten Erkenntnisbedingungen, auf die die kritische Methode führt. Das Richtige im Bereich des Sittlichen ist nur zu ermitteln mit Hilfe des Einheitsgesetzes in Anwendung auf das Gebiet der Zwecksetzung, also indem die Einstimmigkeit und Uebereinstimmung der Zwecke als solche als letztes Ziel ins Auge gefaßt wird. Nur wer die empirischen, inhaltlichen Zwecke als die obersten Richtungspunkte seines Handelns aufgibt, und jenen formalen Endzweck zum höchsten Leitstern erhebt, handelt frei. Das Grundgesetz aller Ethik ist daher: „handle frei". Damit wird ein Ideal aufgestellt, das in der Erfahrung niemals voll zu verwirklichen ist. Es ist das erwähnte Gebot aber auch nur in diesem Sinne gemeint, es soll nur einen Leitpunkt für die menschlichen Einzelbestrebungen abgeben, also nur eine Idee im oben entwickelten Kantischen Sinne sein.

Ist es nun nicht möglich, das mit Hilfe der kritischen Methode fürs Gebiet der Ethik gewonnene Ergebnis auf das Gebiet des Rechts zu übertragen und so den Weg zum „richtigen Recht" zu bahnen? Dies wäre ohne weiteres zu bejahen, wenn Recht und Sittlichkeit wesensgleich oder mit anderen Worten, wenn das Recht ein Teilgebiet der Sittlichkeit wäre.

Gerade dies wird aber von Stammler im Anschluß an die bekannte Grenzregulierung Kants zwischen den beiden Gebieten verneint. Beide haben es zwar, so heißt es bei Stammler, mit dem richtigen Verhalten des Menschen gegenüber anderen Menschen zu tun; die Rechtsordnung ist jedoch bestimmt, das äußere Verhalten der Menschen zu regeln; ihr äußeres Zusammenwirken, wie es die menschliche Wirtschaft darstellt, zu leiten. Die sittliche Lehre dagegen zielt ab auf Vervollkommnung der Gesinnung. Der Beweis dafür, daß Recht und Sittlichkeit verschiedene Gebiete sind, wird dabei hauptsächlich darin gesucht, daß es die ethische Lehre als gleichgültig behandelt, ob bei dem von ihr gewollten Verhalten der Menschen die Wechselseitigkeit gewährleistet ist. Dagegen kann das Zusammenwirken der einzelnen, wie es sich in der menschlichen Wirtschaft kundgibt, nur durch Regelung des gegenseitigen Verhaltens normiert werden; die Anforderung der Wechselseitigkeit ist daher lediglich dem Recht eigen. Es bedarf daher eines besonderen Weges, um für die rechtliche Normierung die einheitbegründende Idee, den obersten Leitstern zu finden, wie er in dem Satze „handle frei" für das sittliche Gebiet gefunden worden ist. Das oberste Prinzip der Moral wurde ermittelt, indem nach einem Endziel gesucht wurde, unter dem sich alle nur denkbaren Bestrebungen zusammenfassen ließen. Für das Rechtsgebiet ist das analoge Verfahren einzuschlagen. Denn das Recht wendet sich, wie die sittliche Vorschrift an den menschlichen Willen. Welches ist nun der oberste Zweck, dem sich die Zwecke der im Rechtsverband miteinander stehenden Menschen unterzuordnen haben? Er ergibt sich aus der Erwägung, daß die in diesem Verband Vereinigten zusammenwirken, um so ihre Bestrebungen zu fördern, um so den Kampf ums Dasein mit größerem Erfolge zu führen. Die Einzelwünsche können demnach nur Anerkennung finden, soweit sie mit diesem gemeinsamen Streben vereinbar sind. Die Harmonie

der einzelnen Zwecke war der oberste, von jeder inhaltlichen Bestimmung freie Gesichtspunkt, unter dem der einzelne vom Standpunkt der Sittlichkeit aus sein Handeln zu prüfen hat. Die Harmonie der Zwecke der im Rechtsverbande Vereinigten ist die Idee, von der aus jede rechtliche Regelung vorzunehmen ist. Diese Uebereinstimmung ist im Bereiche des Sittlichen mit Erfolg nur anzustreben, wenn sich der einzelne von bloß subjektivem Belieben freizuhalten sucht und die oberste Richtungslinie seines Verhaltens nicht in empirischen Zwecken erblickt; auf dem Rechtsgebiet läßt sie sich mit Erfolg als Ziel nur ins Auge fassen, wenn die einzelnen Rechtsgenossen es aufgeben, ihre Sonderzwecke zum obersten Richtmaß ihres Verhaltens in der Gemeinschaft zu machen. Das sittliche Ideal wendet sich an den einzelnen und ruft ihm zu „handle frei"; das gesellschaftliche oder, wie es Stammler nennt, das soziale Ideal wendet sich an den Gesetzgeber und Richter und heißt sie, bei der Regelung des äußeren Verhaltens der Rechtsunterworfenen sich von dem Gedanken leiten zu lassen, daß keiner seine Zwecke im Gegensatz zum anderen verfolgen, sondern die Zwecke des anderen zu den seinigen machen soll. Die Rechtsordnung soll, mit anderen Worten, nach dem Ideal einer „Gemeinschaft freiwollender Menschen" gestaltet werden, wobei frei in dem schon oben erwähnten Sinne des Freiseins von Eigennutz, von subjektivem Belieben, aufzufassen ist. Auch für das Rechtsgebiet ergibt sich hiernach als oberster Richtpunkt ein bloß formaler Endzweck, wie es dem Geiste der kritischen Methode entspricht. Denn es handelt sich eben um die Aufdeckung des obersten Zieles, nach dem sich jedes rechtliche Wollen zu bestimmen hat, wenn es als richtig gelten soll, um die allgemeingültigen Erkenntnisbedingungen für richtiges Recht.

Mit dieser Idee der „Gemeinschaft frei wollender Menschen" ist indessen noch nichts anzufangen, wenn es im Einzelfalle gilt, zwischen Streitparteien gerecht zu entscheiden. Denn das

Gerade dies wird aber von Stammler im Anschluß an die bekannte Grenzregulierung Kants zwischen den beiden Gebieten verneint. Beide haben es zwar, so heißt es bei Stammler, mit dem richtigen Verhalten des Menschen gegenüber anderen Menschen zu tun; die Rechtsordnung ist jedoch bestimmt, das äußere Verhalten der Menschen zu regeln; ihr äußeres Zusammenwirken, wie es die menschliche Wirtschaft darstellt, zu leiten. Die sittliche Lehre dagegen zielt ab auf Vervollkommnung der Gesinnung. Der Beweis dafür, daß Recht und Sittlichkeit verschiedene Gebiete sind, wird dabei hauptsächlich darin gesucht, daß es die ethische Lehre als gleichgültig behandelt, ob bei dem von ihr gewollten Verhalten der Menschen die Wechselseitigkeit gewährleistet ist. Dagegen kann das Zusammenwirken der einzelnen, wie es sich in der menschlichen Wirtschaft kundgibt, nur durch Regelung des gegenseitigen Verhaltens normiert werden; die Anforderung der Wechselseitigkeit ist daher lediglich dem Recht eigen. Es bedarf daher eines besonderen Weges, um für die rechtliche Normierung die einheitbegründende Idee, den obersten Leitstern zu finden, wie er in dem Satze „handle frei" für das sittliche Gebiet gefunden worden ist. Das oberste Prinzip der Moral wurde ermittelt, indem nach einem Endziel gesucht wurde, unter dem sich alle nur denkbaren Bestrebungen zusammenfassen ließen. Für das Rechtsgebiet ist das analoge Verfahren einzuschlagen. Denn das Recht wendet sich, wie die sittliche Vorschrift an den menschlichen Willen. Welches ist nun der oberste Zweck, dem sich die Zwecke der im Rechtsverband miteinander stehenden Menschen unterzuordnen haben? Er ergibt sich aus der Erwägung, daß die in diesem Verband Vereinigten zusammenwirken, um so ihre Bestrebungen zu fördern, um so den Kampf ums Dasein mit größerem Erfolge zu führen. Die Einzelwünsche können demnach nur Anerkennung finden, soweit sie mit diesem gemeinsamen Streben vereinbar sind. Die Harmonie

der einzelnen Zwecke war der oberste, von jeder inhaltlichen Bestimmung freie Gesichtspunkt, unter dem der einzelne vom Standpunkt der Sittlichkeit aus sein Handeln zu prüfen hat. Die Harmonie der Zwecke der im Rechtsverbande Vereinigten ist die Idee, von der aus jede rechtliche Regelung vorzunehmen ist. Diese Uebereinstimmung ist im Bereiche des Sittlichen mit Erfolg nur anzustreben, wenn sich der einzelne von bloß subjektivem Belieben freizuhalten sucht und die oberste Richtungslinie seines Verhaltens nicht in empirischen Zwecken erblickt; auf dem Rechtsgebiet läßt sie sich mit Erfolg als Ziel nur ins Auge fassen, wenn die einzelnen Rechtsgenossen es aufgeben, ihre Sonderzwecke zum obersten Richtmaß ihres Verhaltens in der Gemeinschaft zu machen. Das sittliche Ideal wendet sich an den einzelnen und ruft ihm zu „handle frei"; das gesellschaftliche oder, wie es Stammler nennt, das soziale Ideal wendet sich an den Gesetzgeber und Richter und heißt sie, bei der Regelung des äußeren Verhaltens der Rechtsunterworfenen sich von dem Gedanken leiten zu lassen, daß keiner seine Zwecke im Gegensatz zum anderen verfolgen, sondern die Zwecke des anderen zu den seinigen machen soll. Die Rechtsordnung soll, mit anderen Worten, nach dem Ideal einer „Gemeinschaft freiwollender Menschen" gestaltet werden, wobei frei in dem schon oben erwähnten Sinne des Freiseins von Eigennutz, von subjektivem Belieben, aufzufassen ist. Auch für das Rechtsgebiet ergibt sich hiernach als oberster Richtpunkt ein bloß formaler Endzweck, wie es dem Geiste der kritischen Methode entspricht. Denn es handelt sich eben um die Aufdeckung des obersten Zieles, nach dem sich jedes rechtliche Wollen zu bestimmen hat, wenn es als richtig gelten soll, um die allgemeingültigen Erkenntnisbedingungen für richtiges Recht.

Mit dieser Idee der „Gemeinschaft frei wollender Menschen" ist indessen noch nichts anzufangen, wenn es im Einzelfalle gilt, zwischen Streitparteien gerecht zu entscheiden. Denn das

ist gerade die Aufgabe des richtigen Rechts, zwischen widerstreitenden Begehrungen ein gerechtes Abwägen zu finden. Damit hat es nicht nur der Gesetzgeber zu tun, der neues Recht aufstellt, sondern auch der Richter, der zwischen den Sonderzwecken der einzelnen zu entscheiden hat. Das Verfahren zur Lösung dieser Aufgaben ist in jener allgemeinen Idee nun noch nicht enthalten. Der Naturforscher, der das Wesen einer einzelnen Erscheinung erkennen will, erreicht noch nichts, wenn er sie dem allgemeinen Gedanken durchgehender ursächlicher Bedingtheit des Naturgeschehens unterordnet; er muß auf einzelne Naturgesetze zurückgehen, um zum Ziele zu kommen. In ähnlicher Weise muß sich derjenige, der das richtige Recht im einzelnen Falle suchen will, bestimmter Grundsätze bedienen, die aus dem Gedanken des sozialen Ideals abzuleiten sind und ihn verdeutlichen. Solcher Grundsätze gibt es zwei: den des Achtens und den der Teilnahme. Zu ihnen führt folgende Erwägung: Die in der Rechtsgemeinschaft stehenden Menschen kann man sich entweder als solche denken, die nebeneinander ein jeder seine eigenen Zwecke verfolgen oder als solche, die gemeinsam ihre Interessen wahren. Es ist dies der nämliche Gegensatz, wie er in der uns geläufigen Unterscheidung zwischen bürgerlichem und öffentlichem Recht zum Ausdruck kommt: Dort kommen die Gesellschaftsglieder als Einzelwesen, hier als Glieder des Ganzen in Betracht. Treten sie sich in der Verfolgung ihrer Sonderziele als Einzelwesen gegenüber, so kann das soziale Ideal nur dadurch beobachtet werden, daß der eine den anderen als gleichberechtigt achtet, so daß dieser im stande ist, selbst ein freiwollender Mensch zu bleiben und seine Ziele neben jenem zu verfolgen. Er darf also nicht genötigt werden, den subjektiven, persönlichen Zwecken des anderen sich zu opfern. Jeder muß den anderen unbedingt achten und von ihm geachtet werden. Dies gilt sowohl für die Eingehung wie für die Durchführung von Rechtsverhältnissen. In der ersten Be-

ziehung nimmt der Grundsatz des Achtens die spezielle Form an: es darf nicht der Inhalt eines Wollens der Willkür eines anderen anheimfallen, die Gebundenheit des einzelnen Rechtsgenossen soll nur so weit gehen, daß seine freie Selbstbestimmung gewahrt bleibt; denn sonst wird ihm eben das freie Wollen, das den Gegenstand des sozialen Ideals bildet, unmöglich gemacht. In der zweiten Hinsicht — bei der Durchführung von Rechtsverhältnissen — gestaltet sich der Grundsatz des Achtens zu dem Verlangen: jede rechtliche Anforderung darf nur in dem Sinne bestehen, daß der dadurch Verpflichtete sich noch der Nächste bleiben kann, d. h. der Art und dem Umfang nach darf er nicht weiter verpflichtet werden, als es mit der freien Selbstbestimmung vereinbar ist. Gegen die erste Formel des Achtens verstößt beispielsweise derjenige, der sich Zwang und Betrug bei der Eingehung von Rechtsverhältnissen zu Schulden bringt. Gegen die zweite Formel des Achtens fehlt unter anderem, wer in Bezug auf die Art und das Maß einer obligatorischen Verpflichtung dem Schuldner zu viel ansinnt. — Die Grundsätze der Teilnahme ergeben sich, wenn man in der Formel des sozialen Ideals das Moment der Gemeinschaft betont. Auf ein rechtes Zusammenwirken ist es bei diesem Endziel abgesehen. Mit diesem Gedanken stünde es aber im Widerspruch, wenn ich den einzelnen von den Ergebnissen dieses Zusammenwirkens ausschlösse. Der einzelne ist nichts und hat nichts, was er nicht der Gemeinschaft verdankt. Jede ausschließende Verfügungsmacht, wie sie in dinglichen Rechten in die Erscheinung tritt, rührt von der Gemeinschaft her. Ihre Grenzen sind daher nur richtig abzustecken, wenn dabei die Idee der Gemeinschaft nicht aus den Augen gelassen wird. Auch dieser Grundsatz ist nun wieder in zweifacher Weise zu formulieren, je nachdem es sich um die Begründung oder das Maß der Ausschließung handelt. Dort lautet er entsprechend der ersten Formel des Achtens: es darf

nicht ein rechtlich Verbundener nach Willkür von der Gemeinschaft ausgeschlossen werden, hier geht er dahin: jede rechtliche Verfügungsmacht darf nur in dem Sinne ausschließend sein, daß der Ausgeschlossene sich noch der Nächste sein kann. — Um diese dargelegten formalen Grundsätze mit dem von der Erfahrung gelieferten Stoff in Verbindung bringen und auf ihn anwenden zu können, müssen die Personen, die sich mit ihren widerstreitenden Begehrungen gegenüberstehen, in Gedanken in eine Gemeinschaft versetzt werden. Das soziale Ideal, von dem jene Grundsätze abgeleitet sind, ist ja die Gemeinschaft frei wollender Menschen. Die Betätigung der Prinzipien erfordert es daher, daß ich die Streitteile als in einer Gemeinschaft stehend denke, sie sonach als Personen vorstelle, die durch Zusammenwirken sich gegenseitig fördern wollen. Ihre auseinandergehenden Interessen habe ich alsdann nach Maßgabe der entwickelten Grundsätze in Einklang zu bringen.

Die meisten von denen, die zum ersten Male an diese Darlegungen herantreten, werden sich durch die Abstraktheit und Inhaltsleere der aufgestellten Prinzipien enttäuscht fühlen. Auf die Herausarbeitung lediglich formaler Grundsätze war es ja aber gemäß dem Geiste der kritischen Methode von vornherein abgesehen. Es soll kein unwandelbares Recht positiven Inhalts vorgezeichnet, sondern nur eine Verfahrensweise angegeben werden, die es ermöglicht, den in der Erfahrung gegebenen Rechtsstoff zum richtigen Recht zu verarbeiten und zwar jeden nur denkbaren Rechtsstoff, den die geschichtliche Entwickelung liefert. In dieser Eigenart der Grundsätze liegt zugleich das Verlangen ausgesprochen, daß sie nicht bloß als eine Gedankenschöpfung von rein akademischer Bedeutung angesehen sein wollen, sondern unmittelbare praktische Verwertung in Anspruch nehmen. Mit rechtlichem Willensinhalt hat es der Gesetzgeber sowohl wie der Richter zu tun, und so wollen denn die mit Hilfe der kritischen Methode aufgestellten Grundsätze

auf dem Gebiet der Gesetzgebung sowohl wie der Rechtsprechung sich Eingang verschaffen. Wie sie den Aufgaben der Gesetzgebung anzupassen sind, dies wird von Stammler nur in Kürze angedeutet. Ihre Anwendung auf dem Gebiete der richterlichen Entscheidung dagegen wird, freilich nur in Bezug auf das zivilrechtliche Gebiet, von ihm ausführlich dargelegt. In der „Lehre vom richtigen Recht" ist der „Praxis des richtigen Rechts" ein besonderes Buch gewidmet, das mit der Handhabung der Grundsätze vertraut machen soll. Läßt denn aber das positive Recht für diese Anwendung überhaupt Raum? Mit dieser Frage stoßen wir wieder auf die im Eingang schon angedeutete Verbindung, die Stammlers Lehre mit dem praktischen Recht sucht. Der Grundzug allen Rechts, so lehrt er, geht darauf aus, richtiges Recht zu sein; alles Recht ist „ein Zwangsversuch zum Richtigen". Diese Richtung teilt das Recht mit jeder Geistestätigkeit, auf theoretischem Gebiete sowohl wie auf praktischem. Wer Erkenntnis anstrebt, will nicht nur den sinnlichen Stoff zur Einheit der Anschauung und Begriffe erheben und auf solche Weise Einzelerkenntnisse erringen, sondern seine Gedanken haben die Richtung auf die oberste Einheit aller Erkenntnis, auf die höchste zu gewinnende Einsicht, die die Gewähr unbedingter Richtigkeit in sich trägt. So wohnt auch der sittlichen Lehre und den rechtlichen Anordnungen die Tendenz auf die Erzielung absolut richtiger Ergebnisse inne. Diesem Ziel kann sich der Gesetzgeber aber nicht bloß dadurch nähern, daß er die Rechtsnormen inhaltlich festlegt. Denn er kann auf diese Weise immer nur einen Durchschnitt von Fällen zutreffend regeln, für Fälle besonderer Natur dagegen wird er auf diesem Wege das Richtige nicht treffen. Hier bleibt ihm dann nur der Ausweg, auf die Methode des richtigen Rechts zu verweisen. So geschieht es z. B., wenn die condictio indebiti für den Fall ausgeschlossen wird, daß die kondizierte Leistung einer sittlichen Pflicht entsprach (§ 814

BGB.). Denn sittliche Pflicht ist hier nicht im Sinne einer ethischen, sondern einer auf das äußere Verhalten, nicht die Gesinnung bezüglichen Pflicht zu verstehen. Die Normen, in denen das in kommenden Streitfällen Richtige im voraus allgemein angeordnet wird, werden von Stammler als gerechtes, diejenigen aber, die für eine einzelne Frage auf das grundsätzliche Ziel der Rechtsordnung überhaupt verweisen, werden als gelindes Recht bezeichnet, dies im Anschluß an die Aristotelische Gegenüberstellung von δικαιοσύνη und ἐπιείκεια, wobei das zweite Wort in Uebereinstimmung mit der Uebersetzung, die es durch Luther im neuen Testament gefunden hat, durch die Bezeichnung „gelindes" anstatt billiges Recht verdeutscht wird. Ein anderes Gebiet, auf dem der Gesetzgeber sich zum Hinweis auf die Grundsätze des richtigen Rechts genötigt sieht, ist das förmliche Recht, worunter die Normen verstanden werden, die, wie z. B. die Bestimmungen über die abstrakten Rechtsgeschäfte, im Interesse der äußerlichen Sicherheit des Verkehrs geschaffen sind. Auch hier wird infolge der bloßen Berücksichtigung dieses einen Ziels das oberste Ziel der Rechtsordnung vielfach verfehlt und aus diesem Grunde werden Vorschriften nötig, die, wie z. B. die Rechtsbehelfe der Kondiktionen, zur Korrektur der falschen Ergebnisse im Sinne des richtigen Rechts dienen sollen. Endlich hat die Methode des richtigen Rechts neben die positivrechtlichen Bestimmungen da zu treten, wo diese Lücken aufweisen und der zunächst zu beschreitende Weg analoger Rechtsanwendung nicht zum Ziele führt. Denn es ist nicht zutreffend, was Bergbohm in seinem Werke über „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie" gelehrt hat, daß das Recht durch die logische Expansionskraft seiner Regeln jeden Augenblick den ganzen Bedarf an Rechtsurteilen decke. Die vielfachen Erörterungen über die Angemessenheit eines gewissen aus der gesetzlichen Norm abgeleiteten Ergebnisses beweisen, daß im Wege der bloßen logischen Deduktion

nicht jede Rechtsfrage an der Hand des positiven Rechts zu entscheiden ist. Hier hat nun aber da, wo die Grenzen der Herleitung des Rechts durch Schlußfolgerung erreicht sind, die Methode des richtigen Rechts einzugreifen.

Soweit die Lehre Stammlers. Ihre Grundlagen sind an sich die denkbar festesten. Sie fußt auf dem sicheren Boden des Kritizismus, dessen Grundgedanke es ist, daß es oberste Vernunftprinzipien gibt, die auf den Gebieten des Denkens, Fühlens und Wollens Allgemeingültigkeit beanspruchen und absolute Maßstäbe liefern, mit deren Hilfe die Richtigkeit eines Urteils, die moralische Güte einer Handlung und die Normalität des ästhetischen Gefühls sich feststellen läßt. Wer dies leugnet, gerät ja in unauflöslichen Widerspruch. Schon dadurch, daß er seinem gegenteiligen Standpunkt Richtigkeit beimißt, zeigt er, daß er für seine eigene Ansicht Anerkennung fordert und damit bejaht er selbst schon die Möglichkeit eines allgemeingültigen Urteils. Analoges gilt für denjenigen, der auf dem Gebiete der Moral der einen Beurteilung eine andere gegenüberstellt, für die er den Anspruch erhebt, daß sie die allein richtige sei. Läßt sich nun auch für das Gebiet des Rechts ein solches oberstes Vernunftprinzip auffinden, dessen Anwendung auf den Weg des absolut und bedingungslos Richtigen führt? Wir verneinen dies und sehen die Lehre Stammlers, die zu dem gegenteiligen Ergebnis führt, als die Folge eines zweifachen Irrtums an: er schlägt für die Feststellung des obersten Prinzips des Rechts einen methodisch falschen Weg ein, und er bestimmt das Verhältnis von Recht und Sittlichkeit nicht in zutreffender Weise. Indem wir dies darlegen, knüpfen wir an die Lehren jener freieren Richtung des Kritizismus an, die neben dem durch die Marburger Schule repräsentierten „Neukantianismus" besteht und durch die Namen Windelband und Rickert gekennzeichnet wird. Den Ausgang nehmen wir dabei von der grundlegenden Unterscheidung, die jene Richtung

zwischen den Methoden der empirischen Wissenschaften aufgestellt hat. Sie zerlegt diese in die beiden Gruppen der Natur- und Kulturwissenschaften. Jene gehen darauf aus, das sich Wiederholende in den Vorgängen der Wirklichkeit zu entdecken und die Gesetze des Geschehens aufzufinden. In diesem Bestreben gelangen sie zur Feststellung gattungsmäßiger Zusammenhänge und zur Aufstellung von Allgemeinbegriffen, für die alle unter sie fallenden Erscheinungen gleichwertig sind. Nur sofern diese einen Fall des Gesetzes darstellen, nur als Exemplare von Gattungsbegriffen haben die einzelnen Ereignisse für die Wissenschaft Bedeutung. Gemäß dieser Eigenart ihres Erkenntniszieles treffen die Naturwissenschaften die Auswahl zwischen dem erheblichen und unerheblichen Wissensstoff. Nur das Uebereinstimmende der Ereignisse interessiert sie, was sich diesem Gesichtspunkte nicht fügt, bleibt als unwesentlich beiseite. Anders steht es bei den Kulturwissenschaften. Ihnen kommt es in letzter Linie nicht auf die Gewinnung von Allgemeinbegriffen an. Ihr Prinzip bei der Sonderung des erheblichen vom unerheblichen Wissensstoff ist ein anderes als das der Naturwissenschaften. Das Wesentliche wird nämlich hier nicht unter dem Gesichtspunkt des für eine Reihe von Objekten Gemeinsamen, sondern unter dem Gesichtspunkt des für menschliche Interessen Bedeutsamen festgestellt. Das einzelne ist daher nicht wichtig, sofern es einen Fall des Gesetzes darstellt, sondern sofern es zu einem Werte in Beziehung steht. So ist es das mit Werten operierende Denken im Gegensatz zur gesetzeswissenschaftlichen, wertfreien Betrachtungsweise, was die Kulturwissenschaften kennzeichnet. Die Geschichte ist es namentlich, in deren Arbeitsweise der dargelegte Charakter jener Wissenschaftsgruppe zum Ausdruck kommt. Denn sie trifft die Auswahl des Wissensstoffes nicht danach, ob die einzelnen Ereignisse Gesetze verkörpern, sondern danach, ob sie zu allgemein anerkannten Werten (dem Staat, dem Recht, der Kunst, der

Religion ꝛc.) Beziehung haben. Neben der Geschichte stehen dann noch die systematischen Kulturwissenschaften, die sich wie die Rechtswissenschaft, die Nationalökonomie mit den allgemeinen Kulturwerten selbst befassen und nicht bloß, wie die Geschichte, Tatsachen feststellen, in denen diese Werte in die Erscheinung treten. Die Unterscheidung zwischen den beiden Wissenschaftsgruppen greift freilich nicht in der Weise Platz, daß die eine Gruppe sich nur dieser, die andere sich nur jener Methode bediente. Eine Methode ist aber in einer bestimmten Wissenschaft stets die beherrschende und hiervon hängt es dann ab, ob diese der einen oder der anderen der beiden Gruppen zugewiesen wird. Doch dies nur nebenbei. Die Hauptsache ist für uns, daß in der einen Klasse von Wissenschaften Wertgesichtspunkte leitend sind, in der anderen nicht. Die Eigenart des naturwissenschaftlichen Denkens ist es nun, die in gewissermaßen gesteigerter Anwendung in der kritischen Methode wiederkehrt, wie sie Stammler bei der Auffindung der Grundsätze des richtigen Rechts handhabt. Auch diese sucht, wie wir oben sahen, auf dem Wege der begrifflichen Analyse Allgemeines zu erforschen und der maßgebende Gesichtspunkt ist auch hierbei nur der, daß gefragt wird, welche Merkmale kehren in jeder wissenschaftlichen, moralischen, rechtlichen Erfahrung wieder und begründen ihre Gesetzmäßigkeit. Alle Wertbetrachtung bleibt dabei außer dem Spiele; nur oberste logische Einheiten sollen gewonnen werden. Ob dieses Verfahren für das Gebiet der wissenschaftlichen Erfahrung das zutreffende ist, interessiert uns jetzt nicht. Zur Ermittelung des obersten Zieles der Rechtsordnung kann es jedenfalls ebensowenig dienen, wie zur Auffindung des obersten sittlichen Maßstabs. Hier muß sich das Erkennen vielmehr die kulturwissenschaftliche Betrachtungsweise zum Muster nehmen und den Wert zum Mittelpunkt aller Forschung erheben. Denn Wertbestimmungen menschlicher Handlungen sind es, mit denen wir es in Moral und Recht

zu tun haben. Zu den hierfür maßgebenden Grundsätzen dringen wir aber nicht vor, wenn wir uns an das abstrahierende Verfahren der Naturwissenschaften anschließen. Die Wirklichkeit wird nicht bloß verstandesmäßig begriffen, nicht bloß durch Erkenntnisbegriffe bewältigt, sondern auch mit dem Gefühl erlebt. Dadurch entstehen im menschlichen Bewußtsein Gebilde, die neben den Begriffen stehen: die Werte. Sie sind zwar für die Erkenntnis nicht unerreichbar, immer aber müssen sie erst gefühlsmäßig entdeckt sein, ehe sie begriffen werden können. Mit bloßen logischen Operationen ist im Felde der Werte nicht auszukommen. Erst wenn das Gefühl das als wertvoll Empfundene verraten hat, kann ich dazu übergehen, es begrifflich zu fixieren. Die Begriffe aber, zu denen ich alsdann gelange, haben vor den Gattungsbegriffen, zu denen die naturwissenschaftliche Methode führt, dies voraus, daß sie Begriffe teleologischen Inhalts sind, daß sie mit anderen Worten Zweckzusammenhänge, wie den Staat, die Gesellschaft 2c. bezeichnen. Daraus folgt, daß das der naturwissenschaftlichen Behandlungsweise nachgebildete Denken, weil es nur zu Gattungsbegriffen von unbedingter Allgemeinheit emporstrebt, für das Gebiet der Ethik und des Rechts unbrauchbar ist. Die oberste logische Einheit, zu der Stammler mit Hilfe der beanstandeten Methode gelangt, ist auf dem Gebiete der Moral die Uebereinstimmung der Zwecke der handelnden Menschen, auf dem Gebiete des Rechts die Harmonie der Zwecke der im Rechtsverband stehenden Menschen. Diese formalen Zwecke stellen jedoch, wie eine einfache Betrachtung lehrt, für sich allein Werte gar nicht dar. Die Anforderung der Einstimmigkeit der Ziele beim sittlich handelnden Menschen ist gleichbedeutend mit der Anforderung pflichtmäßiger Gesinnung oder der Erfüllung der Pflicht um der Pflicht willen. Eine solche Gesinnung kann aber auch in den Dienst schlechter Zwecke gestellt werden. Ebenso kann zwischen den Genossen einer Rechts-

gemeinschaft eine Harmonie der Zwecke bestehen, die von der Seite des sachlichen Inhalts betrachtet, nicht gutzuheißen sind. So ist also der Inhalt der Zwecke für ihre Wertbestimmung wesentlich. Für die Aufsuchung des obersten Prinzips der Moral und des Rechts kann daher vom Standpunkte der kritischen Philosophie aus eine Methode nicht genügen, die sich die Aufgabe stellt, die gedanklichen Elemente zu ermitteln, die in jeder sittlichen und rechtlichen Ordnung wiederkehren. Denn die Anwendung dieser Methode kann nur zu generellen Merkmalen führen, die das Wesen des Sittlichen und des Rechts nicht erschöpfen. Ferner darf aber das oberste Prinzip des Rechts nicht, wie es bei Stammler geschieht, getrennt von dem der Moral festgestellt werden. Recht und Sittlichkeit sind für eine Auffassung, die auch die inhaltlichen dabei in Frage kommenden Zwecke berücksichtigt, nicht zwei gesonderte Provinzen. Alle Bestrebungen bemühen sich in den beiden Bereichen um eine Reihe von Gütern, die wir von dem Gedanken aus, daß alle menschliche Kultur auf den Werten beruht, Kulturgüter nennen können, ich meine den Staat, die Religion, die Kunst ꝛc. Bei der Betrachtung des Sittlichen ergibt sich, daß neben diese objektiven Zwecke noch ein subjektiver tritt, auf den sich das Handeln richtet: es sollen nicht bloß jene Güter gefördert werden, sondern es soll ihre Förderung auch aus pflichtmäßiger Gesinnung erfolgen. Dem Recht ist diese subjektive Seite gleichgültig; es richtet auch betreffs der objektiven Zwecke sein Absehen nicht darauf, sie in möglichster Vollständigkeit zu verwirklichen, sondern es begnügt sich mit einem Bruchteil ihrer Verwirklichung und hat nur ein gewisses Mindestmaß von Sittlichkeit im Auge. Das Recht liegt für diese Betrachtungsweise nicht, wie bei Kant und Stammler, außerhalb des Sittlichen, sondern es ist ein Teilgebiet des Sittlichen. Das oberste Prinzip des Rechts kann daher nur im Zusammenhang mit dem obersten Prinzip der Moral gefunden werden.

Wie aber finden wir dieses, wenn wir auf die kritische Methode im oben entwickelten Sinne Verzicht leisten und dabei doch ein allgemeingültiges Ergebnis erzielen wollen? Nach dem Dargelegten kann es nur durch ein Verfahren geschehen, das einen obersten Wert sucht und gleichzeitig den inhaltlichen Zwecken ihr Recht angedeihen läßt. Den Weg hierzu öffnet die kritische Methode nicht in der von Stammler angewendeten Gestalt der logischen, sondern der teleologischen. Nun kann es ja aber keinen inhaltlich bestimmten obersten Zweck von zeitloser Gültigkeit geben, da alle derartigen Zwecke sich geschichtlich entwickeln, also empirischen Ursprungs sind, während ein allgemeingültiger Zweck vor aller Erfahrung liegen und sonach überempirischer Natur sein muß. Bei dieser Sachlage bleibt nur der Ausweg übrig, die teleologische Betrachtung nicht auf die inhaltlichen Zwecke selbst, sondern, wie es Windelband getan hat, auf ihre Entstehungsbedingungen zu richten. Recht und Sittlichkeit fußen auf der Sitte. Die Sitte ist das Gesamtbewußtsein einer bestimmten Gesellschaft und die Gesellschaft hinwiederum sind die im Lebenszusammenhang miteinander stehenden Individuen. Diese tauschen ihre Gefühle und Vorstellungen gegenseitig aus und beeinflussen sich dadurch in ihrem Fühlen, Denken und Wollen und wirken mit den auf solche Weise in ihnen angeregten oder verstärkten geistigen Kräften auf ihre Umgebung zurück. Auf diesem Wege entsteht jenes Erzeugnis des Gesamtgeistes, der nicht bloß eine Summe aus den Beiträgen der Individuen ist, sondern sich seiner Art und Bedeutung nach diesen Einzelleistungen gegenüber als völlige Neubildung darstellt (Wundts Gesetz von der Heterogonie der Zwecke). So entsteht auch jenes Wertbewußtsein der Gesellschaft, aus dem die rechtliche und die sittliche Beurteilung ihre Nahrung ziehen. Das Individuum hat sich demnach der Gesellschaft unterzuordnen, wenn Recht und Sittlichkeit sein soll. Die Unterordnung hat aber ihr Maß, was die Sittlich-

keit anbetrifft, nicht bloß im Bestand der Gesellschaft zu finden. Die Gesellschaft repräsentiert zwar als die unentbehrliche Trägerin von Recht und Sittlichkeit auch einen Wert, jedoch nicht den höchsten. Nicht dadurch, daß sie existiert, sondern erst dadurch, daß sie für einen über ihren bloßen Bestand hinausreichenden Zweck existiert, gewinnt sie für die Bestimmung des obersten Moralprinzips Bedeutung. Welches ist dieser höhere Zweck? Wir finden ihn, indem wir in Anwendung des Wertgedankens fragen, welcher Gesellschaft kommt für unser Empfinden der höchste Wert zu? Die Antwort geben wir im Anschluß an Windelband dahin: derjenigen, die ihr Gesamtbewußtsein in ihren äußeren Lebensverhältnissen am besten zur Darstellung bringt. Daraus ergibt sich denn für das Handeln der einzelnen der oberste Leitsatz: tue alles, daß der Gesamtwille der Gesellschaft zur Geltung komme.

Nicht soweit gehen die Anforderungen des Rechts an die ihm Unterworfenen. Auch hier handelt es sich zwar um die Unterordnung des Individuums unter die Gesellschaft. Während aber das Endziel über den Bestand der Gesellschaft hinaus liegt, macht das Recht an dieser Grenze Halt. Moral und Recht, beide erfordern die Selbstverleugnung des Individuums, aber in Bezug auf den Grad, in dem sie dieses Verlangen stellen, sind sie verschieden. Es ist daher in der Idee nur eine absolut richtige Moral, nicht aber ein absolut richtiges Recht denkbar. Nur ein allgemeingültiges Endziel kann es für alles menschliche Handeln geben. Das Recht verzichtet darauf, ihm nachzustreben und richtet sein Absehen auf ein näher gelegenes Ziel. Eine Methode des richtigen Rechts im Sinne Stammlers ist deshalb nicht auffindbar.

Von selbst hinfällig wird damit auch die weitere These Stammlers, daß aller Rechtsschöpfung die Tendenz nach dem absolut Richtigen innewohne, daß das Recht „ein Zwangsversuch zum Richtigen" sei. Soweit die Wahrheitsforschung,

die sittliche Lehre und das ästhetische Urteil in Frage kommen ist nicht daran zu zweifeln, daß hier überall das Streben nach dem bedingungslos und für alle Zeiten Verbindlichen geht. Im Bereiche des Rechts kann aber davon nicht die Rede sein, weil die Existenz der Gesellschaft keinen schlechthin zu billigenden Zweck darstellt, wie schon die Tatsache beweist, daß es Gemeinschaften gegeben hat, deren Untergang erwünscht war. Müssen wir daher auch die Lehre Stammlers im wesentlichen ablehnen, so ist doch als ein bleibendes Verdienst seiner Untersuchung der Satz anzusehen, daß allen den im Eingang erwähnten Blankettvorschriften ein einheitlicher Gedanke zu Grunde liegt, sofern sie auf das Ziel der Rechtsordnung überhaupt verweisen. Dieses Ziel wird durch die inhaltlich bestimmten Regeln des positiven Rechts und durch diejenigen Normen, die nur der äußeren Sicherheit dienen, vielfach verfehlt. Hier sollen dann jene Blankettbestimmungen es dem Richter ermöglichen, den obersten Zweck des Rechts wieder zur Geltung zu bringen. Nicht minder richtig ist es, daß die Lücken im Recht da, wo der Analogieschluß nicht mehr ausreicht, nur durch teleologische Erwägungen, durch Reflexion auf das Ziel der Rechtsordnung selbst auszufüllen sind. Auch in dieser Hinsicht sind die Darlegungen Stammlers eine bleibende wissenschaftliche Errungenschaft. Im übrigen aber leidet seine Lehre an dem Gebrechen, daß sie das oberste Prinzip des Rechts mit Hilfe der bei dessen Auffindung nicht zu verwertenden logischen Methode zu ergründen sucht, daß sie darüber die Bedeutung der sachlichen Zwecke des Rechts übersieht und daß ihr infolgedessen auch das Verhältnis von Recht und Sittlichkeit in falschem Lichte erscheint.

Frommann'sche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 3002

Diesem Hefte liegt ein Prospekt der Weidmannschen Buchhandlung, Berlin, bei, welcher geneigter Beachtung empfohlen wird.

Frommann'sche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 3002

Title Page

Iherings Jahrbücher

für die

Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

In Verbindung mit

Dr. Joseph Unger,
Präsidenten des Reichsgerichts in Wien

Dr. Otto Gierke,
Geh. Justizrat u. Professor in Berlin

Dr. Emil Strohal,
Geh. Hofrat u. Professor in Leipzig

Dr. Otto Fischer,
Geh. Justizrat u. Professor in Breslau

herausgegeben

von

Dr. Ferdinand Regelsberger und **Dr. Victor Ehrenberg,**
Professoren an der Universität in Göttingen.

Zweite Folge. Vierzehnter Band.

50. Band von „Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts".

Fünftes und sechstes Heft.



Jena,

Verlag von Gustav Fischer.

1906.

Inhalt.

V.

Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter.

Von Referendar Dr. Przibilla in Cöln.

§ 1. Grundlegung.

Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter ist möglich durch Umwandlung eines schon bestehenden unmittelbaren Besitzes in mittelbaren und durch Neubegründung. Die Besitzumwandlung durch Stellvertreter zeigt keine große Verschiedenheit von denjenigen Tatbeständen, in denen jemand durch eigenes Handeln mittelbaren Besitz erwirbt[1]). Ob der bisherige unmittelbare Besitzer mittelbaren Besitz dadurch erlangt, daß er einem anderen eine Sache zu unmittelbarem Besitz übergibt, oder ob diese Veränderung in seiner Stellung durch die Besitzergreifung seitens des Vertreters eintritt, ist für die Besitzfrage irrelevant. Ist die Stellung des Vertreters eine derart selbständige, daß von Besitzdienerschaft keine Rede sein kann, so unterliegt es keinem Zweifel, daß der Vertretene mittelbaren Besitz gewinnt, sobald der Vertreter auf Grund seiner Vertretungsmacht die Sache in seine tatsächliche Gewalt bringt.

1) Vergl. hierüber meine Dissertation, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes, unter Ausschluß des Erwerbs durch Stellvertreter, Bonn 1905, S. 28 ff.

Weit größere Schwierigkeiten für die juristische Beurteilung bietet der Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter, sofern er nicht auf einer Besitzumwandlung, sondern auf einer Neubegründung basiert ist. Dies allein ist aber im eigentlichen Sinne als Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter zu verstehn. „Welche Anforderungen hier zu stellen sind, damit die Handlung des Vertreters für den Vertretenen .... Wirkung habe, ist schwer zu sagen .... Das Gesetz läßt uns hier völlig im Stich, die Möglichkeit von Analogien ist zweifelhaft, das — übrigens bestrittene — gemeine Recht ist natürlich ebenfalls nicht ohne weiteres zu verwerten"[1]). Diese Sätze Biermanns deuten die Schwierigkeiten an, die sich der Behandlung des Besitzerwerbs durch Stellvertreter entgegenstellen und die bereits zu einer umfangreichen Literatur geführt haben[2]). Es ist in den Grenzen dieser Arbeit unmöglich, auch nur annähernd alle Streitfragen aufzurollen und zu erledigen, die im Anschluß an das hier zu behandelnde Thema aufgetaucht sind. Es können vielmehr nur einige Grundzüge entworfen werden. Auch ein Zurückgreifen auf die Literatur des gemeinen Rechts ist im allgemeinen als unzweckmäßig zu erachten[3]). Dies

1) Biermann, Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht, Gießener Festgabe für Dernburg, 1900, S. 93.

2) Es kommen aus der Spezialliteratur für das heutige Recht vor allem in Betracht: Jung, Eigentumsübergang beim Kommissionseinkauf, ZHR. 47, 183 ff.; Fr. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb 1899; Hupka, Die Vollmacht 1900; Fleck, Der Bote, ArchBürgR. 15, 337 ff.; Isay, Die Geschäftsführung 1900; Langen, Eigentumserwerb und Verlust beim Kommissionsgeschäft 1900; Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung, 2 Bde, 1900 und 1902; Rümelin, Handeln in fremdem Namen, ArchCivPrax. 93, 131 ff.; Regelsberger, Besitzerwerb durch Mittelspersonen, IheringsJ. 44, 393 ff., sowie die Aufsätze von Mumm, David und Brach im Recht, 5. Jahrg., S. 187, 506 ff., 558.

3) Rümelin, a. a. O. S. 148, 283. Die grundlegenden Ausführungen Lenels über „Stellvertretung und Vollmacht", IheringsJ. 36, 1 ff., werden indes häufiger zum Vergleich herangezogen werden.

empfiehlt sich schon aus dem Grunde nicht, weil auch im gemeinen Recht die Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter äußerst bestritten war[1]. Auch sind die heutigen rechtlichen Verhältnisse und Begriffe von denjenigen des römischen Rechts verschieden. Namentlich spielte das Willensmoment beim Besitzerwerb im bisherigen Recht eine ganz andere Rolle als heute[2]. Für die Vereinfachung und Lösung des Problems dürfte es sich daher empfehlen, sich völlig auf den Boden des BGB. zu stellen. Man wird zunächst auszugehn haben von den Bestimmungen des Allgemeinen Teils über die Vertretung. Danach liegt Vertretung vor, wenn jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen ein Rechtsgeschäft vornimmt. Die Art und Weise der Erklärung, daß man in fremdem Namen handle, ist dabei gleichgültig[3]: die Erklärung kann ausdrücklich erfolgen oder sich aus den Umständen ergeben, § 164 Abs. 1. Damit scheiden aus dem Begriff der Vertretung für das BGB. alle die Fälle aus, in denen jemand zwar den Willen für einen anderen faßt und erklärt, dem Dritten gegenüber jedoch als Selbstpartei auftritt[4].

1) Vergl. Lenel, a. a. O. 42 ff.; Fr. Leonhard 36 ff., kurze Kritik der hauptsächlichen Theorien bei Regelsberger 404 ff.

2) Prot. 3, 30 f.; Mot. 3, 85; Denkschrift 161. Vergl. auch Affolter, Das Willensmoment beim Besitzerwerb, ArchBürgR. 17, 1 ff.; Frank, Der Besitzwille, Bonn. Diss. 1898; Stemann, Voraussetzungen des Besitzerwerbs im Subjekte des Besitzes, Rost. Diss. 1903, S. 42 ff., besonders aber Raape, Besitzerwerb ohne Besitzwillen, Bonn. Diss. 1901; Thoma, Bedeutung des Besitzwillens im Besitzrecht des BGB., Freib. Diss. 1900.

3) Crome, Allg. Teil § 103 S. 453; Rümelin S. 137, 197; Mumm, a. a. O. 187.

4) Schloßmann 1 S. 80, 374; Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts 1 § 66 S. 219; Dernburg, Das bürgerliche Recht 1 § 171 S. 499; vergl. auch Rümelin 202 ff.; RG. 58, 273 ff. Im gemeinen Recht sprach man von mittelbarer Vertretung. Crome, a. a. O. Anm. 11. Irreführend ist der Ausdruck „stille Vertretung“, vergl. R. Leonhard, Allg. Teil 302.

Die Vertretungsmacht, d. i. das Recht, Dritten gegenüber Willenserklärungen im Namen eines anderen und mit Wirkung für ihn abzugeben, kann auf einem doppelten Grunde beruhn, entweder auf einem Rechtsgeschäft mit dem Vertretenen (Vollmacht) oder unmittelbar auf dem Gesetz [1]) (gesetzliche Vertretung). Während die Vollmacht rechtlich losgelöst ist von dem Verhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter [2]), ist dies bei der gesetzlichen Vertretung nicht der Fall. Sie ist vielmehr streng accessorisch [3]).

Bezüglich der Wirkungen der von dem Vertreter abgegebenen Willenserklärung bestimmt § 164, daß die Rechtsfolgen unmittelbar in der Person des Vertretenen eintreten. Für sie scheidet der Vertreter also völlig aus. Schon die Anwendung dieses Grundsatzes ergibt, daß Vertretung beim Besitzerwerb streng genommen nur in zwei Fällen möglich ist, einmal, wenn ein Besitzdiener für seinen Herrn eine Sache erwirbt, sodann im Falle des § 854 Abs. 2, wo die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers zum Besitzerwerb genügt, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben [4]). In diesen Fällen verknüpft der Vertreter nur

1) Schloßmann 2, 15 f.

2) Hupka, a. a. O. 156 ff.; Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1 § 56; Isay 224 ff. und die Literatur daselbst; dagegen Schloßmann 2, 436 ff.

3) Crome § 104 S. 459—466; Zitelmann, Allg. Teil, S. 120. Es ist daher bei der Vollmacht irrelevant, ob sie auf einem Auftrag, einem Dienstvertrag, einem Gesellschaftsverhältnis oder einem anderen Grunde beruht. Vor allem ist scharf zu unterscheiden zwischen Auftrag und Vollmacht. Crome § 104 Anm. 6; Isay 196. Vollmacht ist ohne Auftrag, aber auch Auftrag ohne Vollmacht möglich. Vergl. Hupka 18.

4) Hier ist jedoch eine Vertretung nur bei der Einigung möglich. Matthiaß, 2 § 3 S. 12. Die Möglichkeit einer Vertretung nimmt selbst Planck, Komm. III zu § 854 Nr. 5 an, der im Gegensatz zur herrschenden Lehre in der Einigung des § 854, 2 früher keinen Vertrag erblickte, in der 3. Auflage die Vertragsnatur wenigstens für zweifelhaft erklärt.

die rechtlichen Fäden, die in seiner Hand zusammenlaufen, während der Erwerb des Besitzes lediglich in der Person des Vertretenen eintritt. Da nun aber, abgesehn von den Fällen des § 855, der Erwerb des mittelbaren Besitzes in der Person des Vertreters eine Rechtsfolge, nämlich die Erlangung des unmittelbaren Besitzes, geradezu voraussetzt, so folgt, daß unter Zugrundelegung des im BGB. maßgebenden Vertretungsbegriffs im allgemeinen ein Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Vertreter ausgeschlossen ist. Eine direkte Anwendung der allgemeinen Vertretungsgrundsätze führt daher nicht zum Ziel. Damit ist indes die Möglichkeit einer analogen Regelung nicht beseitigt. Hiergegen könnte allerdings geltend gemacht werden, eine Vertretung sei nach § 164 nur bei Vornahme von Rechtsgeschäften zulässig, der Besitzerwerb als solcher sei jedoch vielfach gar kein Rechtsgeschäft, sondern nur eine Rechtshandlung, in manchen Fällen, nämlich insoweit ein Besitzerwerb ohne rechtlichen Willen möglich sei, sogar nur eine juristische Tatsache[1]). Allein diese Einwendungen dürften wohl die Zulässigkeit einer Analogie nicht in Frage stellen[2]), wenigstens soweit es sich um einen derivativen Erwerb handelt. Denn bei einem solchen Erwerb ist jedenfalls der Regel nach der Besitzerwerb ein Rechtsgeschäft[3]), und ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt. *Τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δίς*, ut ait Theophrastus, *παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται*[4]). Ist aber in diesem Regel-

1) Ueber die einzelnen Begriffe vergl. die Literatur bei Aravantinos, Anfechtbarkeit der Besitzübertragung, IheringsJ. 48, 136 ff., dazu jedoch auch Kohler, Holtzendorffs Enzyklopädie 1, 581 f. Vergl. auch Denkschrift 161; Mot. 3 S. 83, 85; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft 281; Frank, a. a. O. 42 ff.; Mot. 1, 126 f.

2) Vergl. Schloßmann 2, 13 f.; Kohler, Patentrecht 234 ff. Rümelin 283 ff.

3) Cosack § 187 S. 74.

4) l. 5, 6 D. de legibus 1, 3.

falle eine Analogie geboten, so wird man sie auch in den übrigen Fällen nicht ausschließen können.

Für die Zulässigkeit der Analogie spricht auch noch eine Reihe wichtiger Gründe. Es kommt zunächst die Entstehungsgeschichte des Gesetzes in Betracht. Diese läßt einen Zweifel darüber gar nicht aufkommen, daß die II. Kommission auf dem Standpunkt stand, die Vertretungsgrundsätze seien auf den Besitzerwerb durch Stellvertreter entsprechend anzuwenden [1]). Dies wird selbst von den Gegnern nicht bestritten [2]). Bezeichnend ist auch, daß Planck, der Mitglied der Kommission war und auf das genaueste von dem Gange der Verhandlungen unterrichtet ist, zu den eifrigsten Verfechtern der hier vertretenen Auffassung zählt. Seine Meinung fällt daher hier besonders gewichtig in die Wagschale.

Als Hauptgrund muß jedoch erscheinen, daß ohne eine analoge Anwendung der Vertretungsgrundsätze eine Lösung des Problems unmöglich ist. Zunächst würde ein großer Zwiespalt entstehen. Ueberall, wo der Besitzerwerb zweifellos ein Rechtsgeschäft ist, wie z. B. im Falle des § 854 Abs. 2 [3]) [4]), läge kein Grund und keine Möglichkeit vor, die Analogie auszuschließen. Man würde also hier die Vertretungsregeln Anwendung finden

1) Vergl. Planck 1, 286; 3, 62 f.; Prot. 3, 225; 4 S. 185, 572. Die Ausführungen Plancks beziehen sich zwar hauptsächlich auf den Eigentumserwerb, sie sind aber auf den Erwerb des mittelbaren Besitzes schon deshalb in vollem Umfang anzuwenden, weil dieser in den hier in Frage stehenden Fällen ja die Voraussetzung des Eigentumserwerbs bildet. Vergl. insbesondere Planck 3, 62 f.

2) Vergl. z. B. Fleck 377 f.

3) Dies ist die herrschende und wohl auch richtige Ansicht. Vergl. die Literatur bei Nord, Die rechtliche Natur der Besitzübertragung, Rost. Diss. 1903, S. 62; dazu Stöver, Ist die Einigung im Sachenrecht ... ein Rechtsgeschäft?, ArchBürgR. 26, 151 ff., vor allem 168 f.

4) Entsprechendes gilt auch von den §§ 870, 930.

lassen, nicht jedoch im Falle des § 854 Abs. 1 [1]). Scheint es nun schon an sich höchst bedenklich, den Besitzerwerb durch Stellvertreter nicht nach einem einheitlichen Gesichtspunkte zu behandeln, so muß diese Zersplitterung erst recht als praktisch unmöglich erachtet werden, weil gerade in den Fällen des § 854 zwei an sich fast völlig gleiche Tatbestände nach verschiedenen Regeln beurteilt würden. Und dies ist um so weniger befriedigend, weil es sich in den Fällen des § 854 keineswegs um scharfe, leicht zu erkennende Gegensätze handelt; nein, hier ist alles in fließender Bewegung, und es kann im gegebenen Falle fast unmöglich sein, die Grenzen zu ziehen. Zu diesem Zwiespalt kommt indes noch, daß, wenn man eine Analogie ausschließt, jeder Maßstab zur Beurteilung der einzelnen Tatbestände fehlt. Man ist dann, wie die Gegner zum Teil selbst zugestehn [2]), auf „allgemeine Gerechtigkeits- und Zweckmäßigkeitserwägungen", auf „Treu und Glauben", auf die „Natur der Sache", die „ratio legis" ꝛc. angewiesen [3]). Man übersieht hierbei, daß der Besitzerwerb regelmäßig die Voraussetzung für den Eigentumserwerb bildet. Auf dem schwankenden Boden allgemeiner Erwägungen kann man indes kein Eigentum gründen. „Die Besitz- und namentlich die Eigentumsfrage verlangen eine Entscheidung nach klaren, sicheren, unzweideutigen Merkmalen, und gerade daran fehlt es hier in der Regel [4])." Auch beachtet man nicht, daß nicht das Sachenrecht, sondern das Obligationenrecht das Hauptanwendungsgebiet der Regeln über Treu und Glauben darstellt. Hier ist ein Abwägen und

1) Dies tut z. B. Hoos, Besitzerwerb . . . durch Stellvertreter, Erl. Diss. 1904, S. 39, 48.

2) z. B. Fleck 375.

3) In concreto gestalten sich die „allgemeinen Erwägungen" meist zu einer Wiedererweckung der bekannten gemeinrechtlichen Theorien, insbesondere der Willenstheorie.

4) Lenel 94.

Ausgleichen entgegengesetzter Interessen nach Treu und Glauben in weit höherem Maße möglich als im Sachenrecht, dessen absoluter Charakter eine mehr oder weniger unabänderliche Festlegung der zur Entstehung, Veränderung und Endigung einer Sachherrschaft nötigen Vorbedingungen erfordert [1]).

Aus allen diesen Gründen dürfte für den Besitzerwerb durch Stellvertreter eine entsprechende Anwendung der allgemeinen Vertretungsgrundsätze geboten erscheinen [2]). Damit ist jedoch nicht gesagt, daß die erwähnten Bestimmungen ohne weitere Prüfung auf den Besitzerwerb zu übertragen seien. Im Gegenteil! Gerade hier, wo jede Schlußfolgerung für eine Reihe von Rechtsgebieten — Eigentumsrecht, eheliches Güterrecht, Konkursrecht, Strafrecht — von entscheidender Bedeutung ist, gerade hier ist mehr als sonst Vorsicht geboten. Ueberall, wo ein Widerspruch zwischen den Grundsätzen des Besitzerwerbs durch Stellvertreter, wie sie im Besitzrecht des BGB. enthalten sind, und den allgemeinen Vertretungsregeln besteht, müssen die Bestimmungen des Sachenrechts als die spezielleren vorgehn [3]). Aber auch in anderen Fällen ist zu untersuchen, ob

1) Vergl. Neuburger, Eigentumserwerb durch Anspruchsabtretung, Tüb. Diss. 1901, S. 17; Regelsberger S. 407, 409, 419; Endemann, Sachenrecht, Vorwort zur 7. Aufl., S. VI; Crome, Güterrecht 11.

2) Planck 1, 284 ff.; 3, S. 33, 62 f.; R. Leonhard, Allg. Teil, S. 299, 309, 259; Dernburg 1 § 161 S. 470; Eck, Vorträge 2, 23; Rümelin 190 ff.; Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. 481 ff.; Meisner, Sachenrecht 9; Heinrichs, Besitzerwerb und Besitzerhaltung durch Stellvertreter, Rost. Diss. 1900, S. 12, 43; Kniep, Der Besitz des BGB., 1900, S. 230; Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des BGB., GruchotsBeitr. 42, 666; Rehbein, Kommentar zu §§ 164—181, I 3 b; Cosack, Bürg. Recht, § 198 III 2 b; Lehmann und Ring, Kommentar zum HGB., § 392 Anm. 10; Crome, a. a. O. 45 Anm. 2 S. 29; Biermann, Sachenrecht [1], 6; dagegen Biermann [2], S. 12, 37; Fleck 379 ff.; Jung, a. a. O. 225; Endemann 1 § 80 S. 395; 2 § 38 S. 209, 213. Vergl. auch Mot. 1, 127; 3, 83.

3) Biermann 2.

nicht ihre besondere Gestaltung auch eine besondere Regelung erfordert. Da somit die Bestimmungen des Besitzrechts in erster Linie als sedes materiae in Frage kommen, so dürfte es sich empfehlen, auch von ihnen auszugehn und die allgemeinen Regeln über die Vertretung nur insofern heranzuziehn, als ihre analoge Anwendung erforderlich erscheint.

Es soll daher im folgenden der Besitzerwerb durch Stellvertreter zunächst nicht unter dem Gesichtswinkel der allgemeinen Vertretungsgrundsätze behandelt werden, es soll vielmehr, zumal beim Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Besitzdiener, zunächst versucht werden, aus den Bestimmungen des Besitzrechts einige leitende Gesichtspunkte zu gewinnen. Die allgemeinen Vertretungsregeln sollen nur zur Ergänzung dienen.

§ 2. Erwerb durch Besitzmittler.

Nach einem ungeschriebenen Satze, der zumal in der Lehre vom Besitzerwerb allgemein anerkannt ist, müssen zur Begründung eines Rechts oder eines rechtlich bedeutsamen Tatbestandes wenigstens diejenigen Bedingungen geschaffen werden, die für das Weiterbestehen dieses Zustandes nötig sind. Wendet man diese Regel auf den § 868 an, so ergibt sich für den Erwerb des mittelbaren Besitzes folgende Fassung: „Erwirbt jemand den Besitz einer Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so erwirbt auch der andere Besitz (mittelbaren Besitz)." Der Mittler muß die Sache also *als* Nießbraucher, *als* Verwahrer rc. erwerben. Schickt daher A dem B ein Buch, um es ihm zu leihen, so erwirbt er keinen mittelbaren Besitz, wenn B das Buch als geschenkt annimmt. Mittelbarer Besitz entsteht nur, wenn B das Buch *als* Ent-

leiher erwirbt. Da nun der Beauftragte[1]) — um einen solchen wird es sich wenigstens bei der gewillkürten Vertretung regelmäßig handeln — meist[2]) als unmittelbarer Besitzer zu betrachten ist, so gelangt man nach dem Wortlaut des § 868 zu dem Ergebnis, daß der Auftraggeber nur dann mittelbaren Besitz erlangt, wenn der Beauftragte den unmittelbaren Besitz als Beauftragter erwirbt[3]). Das Auftragsverhältnis muß für den Vertreter sonach nicht nur Motiv, sondern die Grundlage für den Besitzerwerb bilden. Er muß auf Grund seines Vertretungsverhältnisses den Besitz erwerben[4]).

Hierin liegt aber eine volle Bestätigung der allgemeinen Vertretungsgrundsätze. Auch § 164 erfordert, daß der Vertreter als solcher handle, daß er zu erkennen gebe, er schließe als Vertreter das Rechtsgeschäft. Handelt er nicht als Vertreter, so liegt eine Vertretung im Sinne des BGB. überhaupt nicht vor[5]). Es liegt demnach das Offenheitsprinzip sowohl dem § 164 wie dem § 868 zu Grunde, und es besteht somit kein Bedenken, die Vertretungsgrundsätze des Allgemeinen Teils auf den Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Besitzmittler analog anzuwenden. Es soll an einigen Beispielen gezeigt werden, wie sich hiernach die Regelung im einzelnen gestaltet.

---

1) Hier wie im folgenden ist „Auftrag" im weiteren Sinne zu verstehn. Gemeint ist irgend ein auf eine Geschäftsbesorgung gerichteter Vertrag, BGB. § 675.

2) D. h. sofern nicht gerade ein Fall der Besitzdienerschaft vorliegt.

3) Der Beauftragte muß mit anderen Worten erkennbar den Besitz für den Auftraggeber erwerben. Vergl. S. 333 ff. und die Literatur daselbst.

4) Das Rechtsverhältnis muß die causa des Besitzes sein. Vergl. auch Isay 350; Crome 31 Anm. 14, S. 28 Anm. 43; meine Diss. S. 25 f.

5) Schloßmann 1 S. 87, 374.

1) Ein beauftragter Händler kauft ein wertvolles Gemälde unter der ausdrücklichen Erklärung, daß er für seinen Auftraggeber erwerben wolle, und er hat auch wirklich diesen Willen. Hier erwirbt der Vertretene sofort durch die Uebergabe des Bildes an den Händler mittelbaren Besitz. Das Gesetz knüpft, da der Vertreter im Namen des Auftraggebers gehandelt hat, das Rechtsband direkt zwischen dem Verkäufer und dem Vertretenen. Dieselbe Entscheidung ist zu treffen, wenn der Vertreter zwar nicht ausdrücklich im Namen des anderen gehandelt hat, dies sich jedoch aus den Umständen[1]) ergibt. § 164.

2) Der Beauftragte kauft das Bild unter der Erklärung, für den Auftraggeber erwerben zu wollen, hat aber den Willen, für sich zu erwerben. Wird der Vertretene mittelbarer Besitzer? Dies dürfte zu bejahen sein. § 164 erfordert nicht, daß der Vertreter bei der Abgabe seiner Willenserklärung die Absicht habe, für den anderen zu handeln, sondern nur, daß er im Namen des anderen und innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht handle; und dies liegt hier vor. Der nicht geäußerte Wille des Vertreters ist eine Mentalreservation und kommt daher nicht in Betracht. § 116. Derartigen rein innerlichen Momenten kann die Rechtsordnung[2]) nicht Rech-

1) Unter den „Umständen" kommt regelmäßig dem Kausalgeschäft die größte Bedeutung zu. Lenel 57; Biermann 136.

2) „Das Recht kann sich nicht in das Innenleben des Menschen eintauchen." Kohler, ArchBürgR. 18, 7. Vergl. auch Meisner 10; Cosack 1 § 64 S. 214; Mot. 3, 88 f.; RG. (Strafsachen) 19, 432; Crome S. 44, 51 f., 315.

Wie aber, wenn der Vertretene mit der nicht geäußerten Absicht des Vertreters, für sich zu erwerben, einverstanden ist? Er will z. B. dem Vertreter die zu erwerbende Sache zum Geschenk machen. Hier erwirbt der Vertreter allein Besitz. Lenel S. 62, 57; Rümelin 234 f.; Regelsberger S. 416, 424. Darin liegt jedoch keine Ausnahme von der oben aufgestellten Regel. Der Vertreter erwirbt den Alleinbesitz

nung tragen. Die Folge wäre eine große Unsicherheit des Verkehrs[1]).

3) Der beauftragte Händler kauft das Bild nicht im Namen des Vertretenen, sondern im eigenen Namen. Hier erwirbt der Auftraggeber keinen mittelbaren Besitz, und es ist in dieser Hinsicht völlig gleichgültig, ob der Vertreter für ihn erwerben wollte oder nicht[2]). Der Händler erlangt vielmehr auf Grund des von ihm abgeschlossenen Kaufvertrages allein Besitz. Handelt der Vertreter nicht erkennbar im Namen des Vertretenen, so kommt der Mangel seines Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht. § 164. Ein rein innerlicher Vorgang kann das Offenheitsprinzip des § 164 nicht durchbrechen. Der Begriff der mittelbaren Vertretung ist dem BGB. fremd. Handelt der Beauftragte nicht erkennbar für den dominus, so treten die Rechtsfolgen zunächst nur in seiner Person ein, und es bedarf eines besonderen Aktes, um Besitz

nicht als Beauftragter, sondern als Beschenkter. Wie obligatorisch in einem Moment und durch eine Handlung mehrere Verbindlichkeiten getilgt werden können — man denke an die Zahlung bei der Anweisung — so ist auch eine solche besondere Konstellation der besitzzerstörenden und besitzbegründenden Tatsachen möglich, daß durch eine einheitliche Handlung eine Doppelwirkung ausgelöst wird. So würde im vorliegenden Falle der Vertretene nach der obigen Regel zwar mittelbaren Besitz erwerben, infolge des Schenkungsversprechens hat der Vertreter jedoch die Macht, alle Besitzwirkungen in seiner Person zu vereinigen. Es kann durch ein Rechtsgeschäft (brevi manu traditio) gemäß § 181 im selben Moment, wo er den Besitz im Namen des Vertretenen erwirbt, dessen Besitz in statu nascenti vernichten. Vergl. v. Tuhr, Zur Lehre von der Anweisung, IheringsJ. 48, 43 f.; Fleck 378; Prot. 4, 186; Neumann 167.

1) Affolter, a. a. O. 11; Meisner 10; Fr. Leonhard S. 17, 26, 34, 44; Bendix, Privatrecht 523; Dernburg, Pandekten 1 § 180.

2) Ebenso ist zu entscheiden, wenn die Absicht, im eigenen Namen zu handeln, aus den Umständen erhellt, oder wenn der Vertreter weder sagt, daß er im eigenen, noch daß er in fremdem Namen handle. Die Vermutung spricht regelmäßig für Handeln im eigenen Namen. Vergl. auch Rümelin S. 146, 210, 242.

und Eigentum auf den Vertretenen zu übertragen[1]). Dazu genügt allerdings ein constitutum possessorium. Es wäre jedoch die Auffassung unrichtig, es könne der Vertretene auf Grund eines antizipierten Konstituts Besitz und Eigentum erwerben. „Ein Konstitutsvertrag für die Zukunft, der bewirkte, daß der Erwerb des Vertreters sofort unweigerlich von ihm abspringe und auf den Vertretenen übergehe, wäre unstatt-

---

1) Planck, zu § 868, 2 b γ, S. 62 f.; Biermann S. 37, 186; Kober, Sachenrecht 35; Regelsberger S. 413, 418, 424; Meisner 9; Kohler, Vertrag und Uebergabe, ArchBürgR. 18, 106; Fr. Leonhard, S. 46, 97 f.; Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des BGB., GruchotsBeitr. 42, 671; Kniep S. 167, 280; Rehbein, zu §§ 164—181, I 3 b; Lenel 67 ff.; Lehmann und Ring, HGB., zu § 392 Anm. 10, 18; Staub, HGB., Exkurs zu § 58 Anm. 36, 37; Düringer-Hachenburg, HGB. 1, 165 f.; Heinrichs 12; Hoos 48, sofern der Vertreter den Besitz auf Grund eines Rechtsgeschäfts erwirbt; Neumann, Kommentar, § 164 III 3 (vergl. aber auch § 854, 4 b, § 929, II 1 b und II 2 f.); Reiß, Ueber mittelbaren Besitz, Marb. Diss. 1904, S. 36; Prot. 3, 225; Denkschrift zum HGB., 237, übereinstimmend auch Cosack in der Behandlung der Beispiele zu § 198 II 2 b S. 118 f., abweichend jedoch in der Begründung; vergl. auch Schloßmann 1, 83 ff.; 2 S. 121 f., 325 f.; Lehmann, ZHR. 51, 268 f.; SeuffertsArch. 87 Nr. 192; RG. 11, 56; 54, 108 ff.; RGStr., JW. 1904 S. 303 Nr. 13. Dagegen Endemann, § 38 S. 213, der sich indes widerspricht (vergl. § 31 S. 158 Anm. 19, § 32 S. 164 Anm. 15); Rümelin S. 243, 247; Fleck 374; David 508; Mumm 187; Stemann 62; Jung 229 ff.; Bendix, Privatrecht 523; Isay 326, falls es sich um eine genügend spezialisierte Sache handelt, ähnlich Eger, Vertretung beim Eigentumserwerb an beweglichen Sachen, Gieß. Diss. 1900, S. 22 f., 32 f., jedoch nur bezüglich des Besitzerwerbs; vergl. auch Kuhlenbeck, Kommentar zu § 164; Crome, S. 52, 314 ff.

Daß die Gegenpartei zufällig die Vertretereigenschaft des Beauftragten oder gar den Namen des Auftraggebers kennt, schließt natürlich das Vorhandensein einer mittelbaren Vertretung nicht aus. Denn hieraus folgt nicht, daß der Vertreter nicht als Selbstkontrahent auftritt. Vergl. Dernburg 1 § 171 S. 499; Endemann 1 § 80 S. 394; Schloßmann 1, 336; 2 S. 315 f., 318; Isay 167; R. Leonhard, Allg. Teil, S. 302; ROHG. 23, 58; RG. 2, 166 f.

haft[1])." Es würde darin ein bloßes persönliches Versprechen zur Besitzübertragung zu erblicken sein[2]).

Regelmäßig widerspräche es auch dem Interesse des Vertreters[3]), wenn durch Abschluß seines Geschäfts der Auftraggeber sogleich mittelbaren Besitz und damit Eigentum erwürbe[4]). Dies zeigt am besten der Konkurs, „der Prüfstein der Dinglichkeit"[5]). Bricht über das Vermögen des Vertretenen der Konkurs aus, so würde der Vertreter, der für das gekaufte Gemälde vielleicht Tausende bezahlt hat, lediglich als Konkursgläubiger seine Forderung geltend machen können. Das Bild würde in die Konkursmasse fallen. Demgegenüber kann allerdings eingewendet werden, daß das Interesse des Vertretenen in einem Konkurse des Beauftragten ebenso geschädigt werden könne[6]): der Auftraggeber hatte z. B. das Geld für den Ankauf schon gegeben. Man dürfte hier jedoch auf einen analogen Fall hinweisen. Hat A von B ein Gemälde gekauft, den Preis schon bezahlt, jedoch den Besitz noch nicht erlangt, so ist er im Konkurse des B auch nicht durch ein Aussonderungsrecht geschützt. Ja selbst, wenn, abgesehen vom Konkurse, B die Sache an einen schlechtgläubigen Dritten veräußert, hat A nur einen obligatorischen Anspruch. Die Kaufforderung schlingt nur um Partei und Gegenpartei ein Rechts-

1) Kohler, a. a. O. 84; Lenel 69 ff.; Regelsberger 406; Eccius, Einigung und dinglicher Vertrag, GruchotsBeitr. 47, 52 f.; Biermann 138; Kober 182; RG. 56, 52 ff.; dagegen v. Tuhr, JheringsJ. 48, 47 ff.

2) Fr. Leonhard 46.

3) Ueber das Interesse des Veräußerers vergl. Fr. Leonhard 29 f. Dieses kommt weniger in Betracht, weil der Erwerber ja in jedem Falle die Möglichkeit hat, Besitz und Eigentum sofort weiter zu übertragen. David, a. a. O. 508; vergl. auch Rümelin 230 f.

4) Vergl. auch Schloßmann 2, 318 f.

5) Pflüger, ArchCivPrax. 79, 424.

6) Vergl. Schloßmann 2, 133 ff.

band, ergreift aber nicht die Sache, um derenwillen das Rechtsband geknüpft wurde. Ein dinglich wirkendes Recht zur Sache gibt es, von Ausnahmen[1]) abgesehn, nicht mehr[2])[3]).

Eine weit größere Beweiskraft für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht hat jedoch der Besitz- und Eigentumserwerb des Einkaufskommissionärs. Dieser ist das typische Beispiel eines mittelbaren Stellvertreters, da er für Rechnung eines anderen, aber im eigenen Namen handelt[4]). Kauft der Kommissionär Waren oder Wertpapiere, so erwirbt er selbst das Eigentum, und es bedarf stets noch eines besonderen Uebertragungsaktes, damit der Kommittent Besitz und Eigentum erwirbt, gleichgültig, ob es sich um eine genus-Sache oder um eine species handelt[5]). In den meisten Fällen genügt zwar,

1) z. B. Vormerkung sowie § 986, 2 BGB.

2) Neuburger, a. a. O. 13 ff.; Eccius, a. a. O. 58. Die Tendenz des Gesetzes geht dahin, eine Divergenz von Eigentum und unmittelbarem Besitz nach Möglichkeit zu vermeiden. Vergl. Dernburg § 12 S. 47. Nach ihm gilt die Vorschrift des art. 2230 Code civil auch für das BGB.

3) Die verschiedene Behandlung des Vertretenen und des Vertreters hat natürlich ihren guten Grund. Einmal ist der Vertreter regelmäßig der wirtschaftlich schwächere und bedarf somit eines größeren Schutzes. Sodann ist der Auftraggeber meist in der Lage, aus einer großen Zahl von Bewerbern sich den geeignetsten auszuwählen, während der andere, etwa ein kleiner Kaufmann, auf die ihm zugehenden Aufträge angewiesen ist. Härten sind natürlich im einzelnen Falle immerhin möglich.

4) HGB. §§ 383, 406, 1II, Code de comm. art. 91.

5) Altes HGB. Art. 360; Denkschrift zum neuen HGB. 237; Biermann S. 37, 138; Kober 35; Dernburg 1 § 171 S. 499; Endemann 1 § 80 S. 394; Staub, zu § 383 Anm. 31—33 zu § 58 Anm. 36, 37; Lehmann und Ring, zu § 392 Anm. 10, 18; Lenel 46; Cosack, Handelsrecht § 43 S. 190; Langen 105; Reiß a. a. O. S. 30, 36; Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte § 61 S. 442; Lehmann, ZHR. 51, 268 ff.; ROHG. 19, 79 f.; RG. 1, 314 f.; 11, 55 f.; 52, 132 f., vergl. auch Schloßmann 1, 153; 2 S. 315 ff., 323 f.; Kniep S. 151, 167 sowie die Literatur bei Jung 218. Abweichend Rümelin

da es sich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt, ein constitutum possessorium, das der Kommissionär mit sich selbst als Vertreter des Kommittenten abschließt [1], aber die Notwendigkeit einer solchen Uebertragung von Besitz und Eigentum beweist doch, daß mit dem Erwerb der Sache durch den Vertreter eine besitzrechtliche Wirkung für den Geschäftsherrn noch nicht eintritt [2].

Auch hier ist der Konkurs der Prüfstein der Dinglichkeit. § 392 HGB. bestimmt, daß Forderungen aus einem Geschäft, das der Kommissionär abgeschlossen hat, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten gelten. Dies ist eine, zumal im Konkurse wichtige Ausnahmebestimmung, die nur für die erwähnten Forderungen gilt [3]. Hat der Kommissionär die Forderung bereits eingezogen, z. B. die Waren in seinen Besitz bekommen, so hat der Kommittent kein Aussonderungsrecht [4]. Im Konkurse kann hiervon nur dann die Rede sein, wenn der Kommissionär ein wirksames constitutum possessorium vorgenommen hat, was allerdings oft der Fall sein wird [5] [6].

---

243 ff.; Isay 353 f.; Jung 184, die beiden letzten Schriftsteller jedoch nur für den Fall, daß es sich um den Ankauf einer individuell genau bestimmten Sache handelt, sowie, wenn die Sache beim Erwerb spezialisiert war.

1) § 181; Staub, zu § 383 Anm. 33—35; Lehmann und Ring, zu § 392 Anm. 10 und die Literatur daselbst.

2) Kohler 85 f.

3) Staub, zu § 392 Anm. 3; Schloßmann 2, 363; Denkschrift zum HGB. 236; RG. 58, 276 f.

4) Staub, zu § 392 Anm. 8; Cosack, Handelsrecht § 43 S. 183; vergl. auch Planck 1, 284. Unrichtig wohl Kniep, der S. 167, 235 behauptet, durch den Konkurs werde kraft Rechtssatzes mittelbarer Besitz des Kommittenten begründet. Im übrigen stimmt die Ansicht Knieps mit der oben vertretenen überein.

5) Lehmann und Ring, zu § 392 Anm. 18.

6) Die Gegner der obigen Auffassung müßten konsequent zu dem

Es sind nun aber Fälle denkbar, in denen ein weitergehender Schutz des Vertretenen, als er bei dem gewöhnlichen Besitzerwerb durch Stellvertreter möglich ist, unbedingt geboten erscheint. Hier hilft das Gesetz durch Ausnahmebestimmungen, die als solche wohl den besten Beweis für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht bilden [1]). Statt aller sei § 1381 erwähnt: „Erwirbt der Mann [2]) mit Mitteln des eingebrachten Gutes bewegliche Sachen, so geht mit dem Erwerbe das Eigentum auf die Frau über, es sei denn, daß der Mann nicht für Rechnung des eingebrachten Gutes erwerben will." Die gleiche Vorschrift gilt auch für das eingebrachte Gut bei der Errungenschaftsgemeinschaft und der Fahrnisgemeinschaft, bei der gesetz-

Ergebnis gelangen, daß der Kommittent schon durch die Uebergabe der Sache an den Kommissionär mittelbaren Besitz erwirbt. Dies führt aber zu unüberwindlichen Schwierigkeiten. Man denke an den Fall, daß ein Kommissionär für mehrere Firmen eine spezielle Sache kaufen soll, sich aber beim Erwerb der Sache noch gar nicht schlüssig gemacht hat, für wen er erwerben will. Sollen hier alle Firmen Mitbesitzer werden? Sicher nicht. Vergl. Lenel 68; Schloßmann 2, 320 f. Die meisten Gegner ziehen daher die äußersten Konsequenzen nicht und machen den Besitzerwerb des Kommittenten davon abhängig, ob der Kommissionär die Absicht hat, für sich oder für den Kommittenten zu erwerben; vergl. z. B. Langen, a. a. O. S. 45, 96, 105. Allein diese Unterschiede sind rein theoretisch. Sie fingieren einen Willen, der in Wirklichkeit nicht besteht. Lenel 49. Man vergleiche etwa mit den Ausführungen Jungs 195 ff. und Langens a. a. O. die von Lenel 49 mitgeteilte Antwort, die Hamburger Kommissionäre auf die Anfrage gaben, ob sie bei Ausführung ihrer Kommission den Willen hätten, das Eigentum für sich oder für ihre Kommittenten zu erwerben. Vergl. auch Regelsberger S. 418 f., 405. Der Kommissionär kann nur für sich den Besitz erwerben, denn es ist für ihn wesentlich, daß er im eigenen Namen handelt. HGB. § 383. Er hört auf, als Kommissionär zu kontrahieren, wenn er in fremdem Namen handelt. Vergl. altes HGB. Art. 360, 3; Code de commerce art. 92.

1) Die Ausnahme besteht darin, daß ein constitutum possessorium gesetzlich vermutet wird. Kohler 84.

2) Der Mann ist zwar nicht Vertreter der Frau, bezüglich des Besitzerwerbs jedoch genau so zu behandeln wie ein Vertreter.

lichen Vertretung des Kindes durch den Vater sowie in einigen anderen Fällen[1]). Bestände die Vorschrift des § 1381 nicht, so würde die Frau nur dann mittelbaren Besitz und Eigentum erwerben, wenn der Mann im Namen und in Vertretung der Frau Sachen erwirbt[2]); dies ist z. B. dann erforderlich, wenn der Mann mit Mitteln des Vorbehaltsgutes erwirbt[3]).

Daß diese Regelung als argumentum e contrario eine volle Bestätigung des hier vertretenen Prinzips enthält, kann füglich nicht bestritten werden[4]). Die Bestimmungen wären sonst gänzlich überflüssig. Einzelne Schriftsteller[5]) haben dies zwar in Zweifel gezogen und behauptet, den erwähnten Vorschriften könne eine Beweiskraft nicht zukommen; die Hinfälligkeit einer solchen Auffassung ergibt sich aber sowohl aus dem klaren Wortlaut wie auch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. So sagen die Protokolle[6]): „Handelt der Mann im eigenen Namen, so wird zunächst Dritten gegenüber er allein aus dem betreffenden Geschäft berechtigt und verpflichtet; der Mann würde jedoch nach allgemeinen Grundsätzen verpflichtet sein, die Wirkungen der für das eingebrachte Gut geschlossenen Geschäfte, ebenso wie ein Verwalter eines fremden Vermögens,

---

1) BGB. §§ 1525, 1550, 1646, 1686, vergl. auch §§ 1357, 1382, 1439, 588, 2II, 1048, 1247, 2019, 2041, 2111. Kohler 84; Fischer-Henle, zu § 1381; Dernburg 1 § 168 S. 489; Lehmann, ZHR. 51, 269; Heinrichs 51. Auch diese Bestimmungen sind wichtig im Konkurse. Planck, Neumann, zu § 1381.

2) Neumann, Hölder, zu § 1381; Schröder, Das eheliche Güterrecht 28; Enneccerus-Lehmann 2 § 174 S. 455.

3) Schröder, a. a. O. 23 Anm. 4; Ullmann, Eheliches Güterrecht 101; Neumann, zu § 1381 Nr. 7; dagegen Cosack § 298 II 1 b II, der jedoch das oben vertretene Prinzip anerkennt.

4) Dies müssen selbst die Gegner zugestehn. Vergl. z. B. Fleck 378; Rümelin 194 ff.

5) z. B. David, a. a. O. 507.

6) Prot. 4, 185 f., vergl. auch 3, 225.

auf das Ehegut zu übertragen. Er müßte mithin das Eigentum von Sachen, die er für das eingebrachte Gut erworben, der Frau übertragen. . . . In der Subkommission war die Meinung vorherrschend, daß eine derartige rechtsgeschäftliche Uebertragung . . . . unter Ehegatten nicht üblich sei und regelmäßig unterbleibe." Es wird dann darauf hingewiesen, daß man bestrebt sein müsse, die Frau in höherem Umfange sicherzustellen, und später heißt es ausdrücklich, der Paragraph enthalte „eine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende, rein positive Bestimmung".

Die gleiche Anschauung zeigen die Protokolle bei Besprechung der Vorschrift des § 1646 [1]). Auch bezüglich des Vormunds war eine ähnliche Bestimmung in Erwägung gezogen, man sah jedoch davon ab, weil hier der Nachweis eines Uebertragungsaktes leichter zu führen sei. Der Vormund muß daher im Namen des Mündels handeln, wenn er unmittelbar für ihn Besitz erwerben will [2]).

Für die Richtigkeit der im vorigen vertretenen Auffassung spricht wohl auch das Strafrecht. Nimmt man an, daß auch bei mittelbarer Stellvertretung in der Person des Vertretenen sofort Besitz und Eigentum entsteht, so muß man dazu gelangen, in allen möglichen Fällen eine Unterschlagung oder Sachbeschädigung zu erblicken, in denen kein Strafgesetzgeber daran denkt [3]). Beispiele:

1) Ein Student kauft für sich und mehrere Kommilitonen Theaterbillette. Gleich darauf trifft er einen Freund und überläßt diesem auf seine Bitte hin einige Billetts, obschon er weiß, daß das Theater ausverkauft ist.

1) Prot. 4, 572.
2) Kniep 230; Isay 356.
3) Vergl. auch Leonhard 42 f.

2) A bittet seinen Freund B, der eine Reise nach Italien macht, für ihn ein paar Venetianische Gläser zu kaufen. B tut dies in eigenem Namen, findet aber später in einem anderen Geschäft Gläser, die, wie er meint, dem Geschmack des Freundes mehr zusagen. Er kauft diese und nimmt die zuerst gekauften Gläser für sich.

3) B kauft im vorigen Beispiel nur einmal. Auf der Heimreise entschließt er sich jedoch, die Gläser für sich zu behalten oder sie seiner Mutter zu schenken. Seinem Freunde sagt er, die Gläser seien auf der Fahrt zerbrochen. Oder B wirft die für A gekauften Gläser bei einer unerwarteten Zollrevision aus Furcht vor Strafe fort.

In allen diesen Fällen würde sich der Vertreter einer strafbaren Handlung schuldig machen, wenn selbst bei mittelbarer Vertretung die Besitzergreifungshandlung des Vertreters sogleich in der Person des Vertretenen mittelbaren Besitz und Eigentum ins Leben riefe [1]).

Es dürfte damit der Beweis erbracht sein, daß von einem direkten Besitzerwerb des Vertretenen regelmäßig keine Rede sein kann, wenn der Vertreter im eigenen Namen handelt, mag er nun für sich unmittelbaren oder auch nur mittelbaren Besitz erwerben, z. B. er kauft ein Konnossement, ein ausgeliehenes Buch u. dergl. [2]). Da somit der Erwerb des mittelbaren Besitzes durch den Vertretenen ein offenes Handeln des Vertreters zur Voraussetzung hat, so erhellt, daß in allen d e n Fällen eine unmittelbare Wirkung für den Auftraggeber ausgeschlossen ist, wo ein Dritter, demgegenüber die Erklärung, in fremdem

1) Dagegen würde StGB. § 59 keinen genügenden Schutz gewähren. Auch bezüglich der Beweisfrage dürfte man zu nicht unerheblichen Schwierigkeiten gelangen.

2) Dieselben Grundsätze gelten, wenn der Beauftragte einen Substituten bestellt.

Namen handeln zu wollen, erfolgen könnte, gar nicht vorhanden ist, also namentlich bei der Inbesitznahme herrenloser Sachen [1]). Ein Fischer holt im Auftrage eines Badegastes eine Muschel aus dem Meer oder fängt für den Wirt des Kurhotels eine Menge Fische, ein Jagdpächter verspricht einem Geschäftsmann den Ertrag seiner nächsten Jagd. Hier kann von einem direkten Erwerb des mittelbaren Besitzes und damit des Eigentums keine Rede sein. Vorausgesetzt ist natürlich, daß nach den konkreten Umständen der Vertreter nicht als Besitzdiener anzusehen ist. Der Beauftragte wird in allen erwähnten Fällen alleiniger Besitzer, und es besteht gegen ihn lediglich ein obligatorischer Herausgabeanspruch [2]).

§ 3.

I. Von großer Wichtigkeit im Rahmen dieser Ausführungen ist die Beantwortung der Frage, inwiefern der gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Vertreter, der zunächst nur für sich Besitz erworben hat, durch ein Geschäft mit sich selbst für den Vertretenen mittelbaren Besitz begründen könne. Es handelt sich hier um den Abschluß eines constitutum possessorium mit Vertretung des Erwerbers durch den Veräußerer, also um ein Selbstkontrahieren des Vertreters [3]). Dies ist möglich, wenn es sich ausschließlich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt oder wenn es dem Vertreter durch Gesetz oder Rechtsgeschäft gestattet ist [4]). Die große Bedeutung dieser Vorschrift

1) Ueber diese sog. Verwirklichungsgeschäfte vergl. Hellmann, Vorträge über das BGB. 100, sowie die Literatur bei Rümelin 162.

2) Meisner 9; Leonhard 115 f.; Rümelin S. 274, 276 f., vergl. auch Mot. 3, 83; abweichend Rümelin 272, vergl. aber auch S. 149, 180. Es dürfte jedoch unrichtig sein, einen Jagdgast als Besitzmittler anzusehen. Vergl. hierzu Endemann § 38 S. 211 Anm. 11.

3) Näheres bei Kohler S. 6 f., 83 ff.; Kober 182; vergl. auch du Chesne, Das Kontrahieren mit sich selbst, Sächs. Arch. 12, 65 ff.

4) §§ 181, 1795, 1630.

zeigt sich zunächst bei der gesetzlichen Vertretung. Es wird hier in zahlreichen Fällen eine Lösung ermöglicht, in denen sonst ein Erwerb des mittelbaren Besitzes erheblich erschwert wäre, weil dem Vertretenen die zum Abschluß eines constitutum possessorium erforderliche Geschäftsfähigkeit fehlt, also namentlich bei der Vormundschaft[1]. Aber auch bei der gewillkürten Vertretung spielt das Selbstkontrahieren eine große Rolle. Hier lassen sich durch ein constitutum possessorium gemäß § 181 mancherlei Härten umgehen, die sonst nicht zu vermeiden sind[2]. Abgesehn vom Pächter und Nießbraucher[3], kommen vor allem die Beauftragten des Handelsverkehrs in Betracht, bei denen die Vollmacht zum Abschluß eines constitutum possessorium mit sich selbst vielfach aus den Umständen zu entnehmen sein wird[4].

Zur Wirksamkeit des Selbstkontrahierens ist erforderlich, daß der Abschluß des Konstituts und damit die Begründung des mittelbaren Besitzes irgendwie erkennbar zu Tage trete, z. B. durch Absendung eines Briefes an den Vertretenen, durch Bucheinträge, Erklärungen zu Zeugen, Bezeichnung eingekaufter Papiere mit dem Namen des Auftraggebers oder andere konkludente Handlungen, wie etwa die Einlegung der von dem Vormund angeschafften Wertpapiere in ein besonderes für den

---

1) Ueber die große praktische Bedeutung der Frage vergl. Mot. 3, 99.

2) Lehmann, ZHR. 51, 270.

3) Bei ihnen wird der Abschluß eines c. p. mit sich selbst sogar gesetzlich vermutet. §§ 588, 2, 1048.

4) Vergl. Eck 1, 182; Hupka 121 ff. Der Einkaufskommissionär ist schon nach § 181 zum Selbstkontrahieren berechtigt. Staub § 383 Anm. 33; Dernburg 3 § 101 S. 302; Lehmann und Ring § 392 Anm. 18 und die Literatur daselbst; RG. 52, 132 f.; dagegen Bartels 672.

Es sei noch auf die Möglichkeit eines c. p. bei nur mittelbarem Besitz hingewiesen; der Kommissionär hat z. B. die Waren in einem Lagerhause aufspeichern lassen.

Mündel bestimmtes Stahlkammerfach[1]). Auch schon in der Absendung der spezialisierten Einkaufsanzeige durch den Kommissionär wird unter Umständen eine Willenserklärung des Vertreters, daß er das Konstitut vollzogen habe, zu erblicken sein[2]).

Als Begründungsakt des mittelbaren Besitzes kommt für den Handelsverkehr insbesondere noch der wichtige § 7 des Depotgesetzes zur Anwendung. Hiernach geht bei Wertpapieren spätestens mit Absendung des Stückeverzeichnisses das Eigentum an den darin verzeichneten Wertpapieren auf den Kommittenten über, soweit der Kommissionär über die Papiere zu verfügen berechtigt ist. Mit dem Eigentum entsteht aber hier zugleich mittelbarer Besitz des Vertretenen.

Abgesehn von diesen Fällen, dürfte zur Uebertragung des Besitzes auf den Vertretenen stets eine Mitwirkung beider Parteien erforderlich sein. Ein Irrtum des Vertreters oder des Vertretenen bei Abgabe ihrer Willenserklärung ist dabei für den Besitzerwerb gleichgültig[3]).

II. In engem Zusammenhang mit dem Selbstkontrahieren des Vertreters steht die Frage, ob zum Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter ein darauf gerichteter Wille des Vertretenen erforderlich sei. Man wird dies im allgemeinen bejahen müssen, da es zu großen Unebenheiten führen würde, wenn der Vertreter den Vertretenen ohne dessen Willen mit dem Besitz aller möglichen Sachen und den sich aus dem

1) Rehbein § 181 S. 252; Eck 1, 182; Biermann 138; Kober, Planck zu § 930; Staub § 383 Anm. 33, 34; Bekker, IheringsJ. 34, 55; Schloßmann 2, 95; Crome, Allg. Teil 457. Strenger Hupka 279—288; Lenel 71; Kniep 259 f. Vergl. ferner RG. 52, 132 f.; 19, 252 f.; 24, 307 ff.

2) Bartels 672.

3) RG. 30, 189 ff, dazu Bekker, a. a. O. 50—52.

Besitz ergebenden Pflichten[1]) belasten könnte[2]). Eine große Ausnahme dürften freilich die Fälle der gesetzlichen Vertretung bilden, weil hier vielfach ein rechtlich in Betracht kommender Wille nicht vorhanden ist. Es ist ja regelmäßig gerade der Zweck der gesetzlichen Vertretung, einen fehlenden Willen zu ersetzen, einen mangelhaften zu ergänzen[3]). Bei der gewillkürten Vertretung dürfte der aufgestellte Grundsatz jedoch allgemeingültig sein, wenigstens dann, wenn man dem Begriff des „Wollen" keine allzu engen Schranken setzt. Es ist insbesondere zum Besitzerwerb des Auftraggebers nicht nötig, daß sein Erwerbswille jede einzelne Sache, die der Vertreter in seine Gewalt bringt, umfaßt. Es ist vielmehr, wenn z. B. jemand einem anderen etwas zur Verwaltung oder Benutzung überläßt, bei dem Ueberlassenden ein allgemeiner Erwerbswille bezüglich der Gegenstände, die der andere innerhalb des Kreises der ihm zugewiesenen Tätigkeit erwirbt, genügend und auch ohne weiteres als vorhanden anzusehn[4]). Und selbst dann dürfte ein Wollen noch anzunehmen sein, wenn eine Vollmacht von seiten des Vertretenen so allgemein ist, daß sie mehr oder weniger ein Blankett bildet, das der Vertreter nach seinem Belieben ausfüllen kann. Hier kann natürlich von einem konkreten Wollen des Vertretenen erst recht keine Rede sein, „seine Absicht geht vielmehr unbestimmt auf eine ganze Reihe weder individuell noch der Art nach vorgestellter Rechtsfolgen, er beabsichtigt alle Rechtsfolgen, welche der Bevollmächtigte für ihn

1) Vergl. bezüglich des mittelbaren Besitzes Straaten, Die Rechtsstellung des mittelbaren Besitzers, Bonn. Diss. 1904, S. 21 ff.

2) Dernburg § 20 S. 66. Vergl. auch Isay 362; Neuburger 37; dagegen Hoos, a. a. O. 39.

3) Rehbein, zu §§ 164—181, I 3; Biermann, Festgabe S. 97. Eine fernere Ausnahme dürfte in den Fällen der gesetzlichen Ermächtigung vorliegen, sofern man hier die Sätze über die Vertretung anzuwenden hat. Vergl. meine Diss. 58 ff.

4) Dernburg § 20 S. 66 f.

beabsichtigen wird" [1]). „Diese Unbestimmtheit der Absicht kann mehr oder minder groß sein, sie kann einen mehr oder minder weiten Kreis von Rechtsfolgen umfassen, immer umfaßt sie jedoch jede einzelne zu diesem Kreise gehörige Rechtsfolge, und immer bleibt es wahr, daß diese — individuell gar nicht vorgestellte — Rechtsfolge doch beabsichtigt sei" [2]). Die Unbestimmtheit der Absicht des Vertretenen hindert daher nicht, eine Rechtsfolge, hier also den Erwerb des mittelbaren Besitzes, als gewollt anzusehen [3]). Ganz fehlen darf der Wille des Vertretenen aber regelmäßig nicht.

§ 4. Erwerb durch Besitzdiener.

In der Literatur pflegt der Besitzerwerb durch Stellvertreter mit den Worten gekennzeichnet zu werden: durch Besitzdiener erlangt man unmittelbaren, durch Mittler mittelbaren Besitz. Es liegt dem die Vorstellung zu Grunde, als könne man durch Besitzdiener nicht auch mittelbaren Besitz erwerben. Dies ist indes unrichtig. Beispiele: ein Handlungsgehilfe erwirbt ein Konnossement, der Prokurist eines großen Geschäftshauses deponiert Wertpapiere, kauft durch constitutum possessorium oder gemäß § 870 eine Getreidemenge, die in einem Lagerhause aufgespeichert ist. In allen diesen Fällen erwirbt der Prinzipal zweifellos mittelbaren Besitz. Da diese Erwerbsart des mittelbaren Besitzes in der bisherigen Literatur [4]) unseres Wissens noch keine Darstellung gefunden hat, so erscheint es geboten, die Frage eingehender zu behandeln.

§ 855 bestimmt: „Uebt jemand die tatsächliche Gewalt

1) Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft 517.

2) Zitelmann, a. a. O. 517 f., vergl. auch Rümelin 143.

3) Dazu Dernburg § 20 S. 66 f.

4) Ein Hinweis auf die Möglichkeit, durch Besitzdiener auch mittelbaren Besitz zu erwerben, findet sich bei Hoos S. 35, 47.

über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer." Das Wesentliche, das sich aus dieser Bestimmung ergibt und das den eigentlichen Unterschied des Besitzdieners vom Besitzmittler ausmacht, ist das soziale Abhängigkeitsverhältnis, in dem sich der Besitzdiener in Bezug auf die Sache befindet und das den Besitzherrn nach der Auffassung des Lebens berechtigt, selbsthandelnd einzugreifen, um seinen Willen durchzusetzen, wenn der Besitzdiener seinen Weisungen nicht Folge leistet [1]). Diese Abhängigkeit äußert sich auch beim Besitzerwerb. Es tritt nämlich alles, was der Besitzdiener innerhalb des Kreises der ihm zugewiesenen Verrichtungen erwirbt, nicht etwa in seinen Besitz, sondern sogleich in den unmittelbaren Besitz seines Herrn. Auf irgend einen Willen, für diesen zu erwerben, kommt es dabei gar nicht an [2]) [3]). Die Worte „für einen anderen" bezeichnen nicht etwa eine bestimmte Willensrichtung, sondern nur die Zugehörigkeit der Vertreterhandlung zum Wirkungskreise des Herrn: die Ausübung der tatsächlichen Gewalt muß ein Ausfluß, eine Erscheinungsform des Abhängigkeitsverhältnisses sein [4]). Trifft dies zu, so ist der Herr

1) Strohal, IheringsJ. 38, 9; Biermann 10 f.; F. Sprenger, Wesen des Besitzes, Freib. Diss. 1903, S. 22; O. Sprenger, Der Besitzdiener, Rost. Diss. 1902, S. 33; vergl. auch Wendt, Der mittelbare Besitz, ArchCivPrax. 87, 67 ff.; Stemann, a. a. O. S. 15, 17 f.; Planck 36 f.; Crome 24 ff.

Beispiele von Besitzdienern bei Kniep 36; Kober 13; Strohal, Gutachten, Verhandlungen des 24. Juristentages 4, 130; Wendt 66 f.; Munscheid, Stellvertretung im Besitzerwerb, Leipz. Diss. 1901, S. 37 f.

2) Biermann 11; Planck 37; Heinrichs 40; vergl. auch Schloßmann 2, 19; Kohler, Patentrecht 234 ff.

3) Auch beim Besitzmittler liegt ja das entscheidende Moment nicht in dem Willen.

4) Biermann 11; O. Sprenger 37; Endemann § 33

allein Besitzer, und der Besitzdiener erscheint lediglich als „ein dem Besitzherrn von der Rechtsordnung seinen natürlichen Organen zur Ausübung der tatsächlichen Gewalt beigesellter rechtliches Organ" [1]).

Für die Anwendung dieser Ausführungen auf den Erwerb des mittelbaren Besitzes ergibt sich bereits aus den oben angeführten Beispielen, daß nur ein beschränkter Teil der Besitzdiener für die hier zu behandelnde Frage näher in Betracht kommt, nämlich vor allem die Angestellten im Handelsbetriebe. Durch sie allein pflegt ein Erwerb des mittelbaren Besitzes in größerem Umfang stattzufinden [2]).

Ferner ergibt sich aber auch, daß man nicht ohne weiteres alle Vorschriften über den Erwerb des unmittelbaren Besitzes durch Besitzdiener auch auf den Erwerb des mittelbaren Besitzes ausdehnen darf. Denn es besteht hier ein nicht zu übersehender Unterschied. Beim Erwerb des unmittelbaren Besitzes liegt eine mehr oder weniger dauernde Vertretung des Herrn bei Ausübung des Besitzes vor, indem ja gerade der Besitzdiener das eigentliche Kennzeichen des Besitzes, nämlich die tatsächliche Gewalt über die Sache, in Händen hat. Anders beim Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Besitzdiener. Hier knüpft der Vertreter zwar die rechtlichen Folgen, aber er scheidet sogleich völlig aus dem rechtlichen Konnex aus; das Rechtsband ent-

---

S. 167 ff.; Kober 14; Planck 37. Der Ausdruck „für einen anderen" bedeutet nur „an Stelle eines anderen". So Thoma, a. a. O. 52.

1) Hellhoff, Besitz- und Eigentumsübergang im Falle der Versendung, Freib. Diss. 1903, S. 11. Vergl. auch F. Sprenger 22.

2) Andere Fälle sind dabei durchaus denkbar und nicht gerade ungewöhnlich: ein Dienstmädchen macht Einkäufe und bittet den Verkäufer, die Sachen einige Zeit zu verwahren; ein Angestellter der Universitätsbibliothek übergibt dem Entleiher ein Buch, der Knecht eines Tattersalls einem Offizier ein Reitpferd. In allen diesen Fällen entsteht mittelbarer Besitz.

gleitet seinen Händen und schlingt sich unmittelbar um den Vertretenen und die Gegenpartei. In der Person des Vertreters tritt weder eine rechtliche noch auch eine tatsächliche Wirkung ein. Da nun aber das tatsächliche — und zugleich rechtliche [1]) — Moment der Gewaltausübung für den Begriff des Besitzdieners wesentlich ist, so ist Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Besitzdiener nur als ein Erwerb durch solche Personen zu verstehn, welche, wenn sie eine Sache für einen anderen in ihre unmittelbare Gewalt bekommen würden, als Besitzdiener anzusehen wären. Bei der Verschiedenheit der Wirkungen, die in der Person des Besitzdieners eintreten, je nachdem er unmittelbaren oder nur mittelbaren Besitz für seinen Herrn erwirbt, kann für den Erwerb des mittelbaren Besitzes naturgemäß nicht eine direkte, sondern nur eine analoge Anwendung der für den Erwerb des unmittelbaren Besitzes geltenden Bestimmungen in Frage kommen. Die Zulässigkeit einer solchen Analogie läßt sich aber schon aus dem Grunde nicht bezweifeln, weil Erwerb des mittelbaren und unmittelbaren Besitzes durch Besitzdiener vielfach Hand in Hand gehen und es gewiß nicht dem Sinn und Zweck des Gesetzes entsprechen würde, wenn man hier für die beiden Besitzarten eine verschiedene Regelung eintreten lassen wollte. Wenn ein Handlungsgehilfe ein Konnossement erwirbt, so wird der Prinzipal unmittelbarer Besitzer des Papiers und mittelbarer Besitzer der Waren. Sollte nun hier zwischen dem Erwerb des unmittelbaren und dem des mittelbaren Besitzes ein Gegensatz bestehen, der eine verschiedene Regelung erforderte? Sicher nicht.

Um daher für die hier zu behandelnde Frage die leitenden Gesichtspunkte aufzufinden, ist es nötig, auf den Erwerb des unmittelbaren Besitzes durch Besitzdiener zurückzugreifen.

---

1) Das tatsächliche Moment ist schon deshalb zugleich ein rechtliches, weil aus ihm die Befugnis des § 860 entspringt.

Völliges Einverständnis herrscht in der Literatur über die Fälle, in denen der Besitzdiener erkennbar für den Herrn erwirbt, mag der Besitzdiener nun ausdrücklich im Namen des Herrn handeln oder mag sich dies nur aus den begleitenden Umständen ergeben. Wenn ein Dienstmädchen in weißer Schürze und weißem Häubchen[1]) Austern kauft, wenn ein Diener in seiner Livree an der Theaterkasse ein Billett für einen Fremdenlogenplatz holt, so ist es zweifellos, daß in beiden Fällen nur der Herr Besitz erwirbt. Dasselbe gilt aus den früher bereits angeführten Gründen auch, wenn der Besitzdiener zwar innerlich den Willen hat, für sich zu erwerben, äußerlich erkennbar aber für den Herrn handelt. Wendet man diese unbestrittenen Ergebnisse auf den Erwerb des mittelbaren Besitzes an, so ergibt sich, daß überall da, wo der Handlungsangestellte erkennbar für den Herrn handelt, dieser mittelbaren Besitz erwirbt, gleichgültig, ob der Gehilfe den Willen hat, für den Herrn zu erwerben, oder nicht.

Ungleich größere Schwierigkeiten bereitet der Fall, daß der Besitzdiener nicht erkennbar für den Herrn handelt. Hierüber ist in der Wissenschaft ein großer Streit entbrannt. Den Anlaß bot vor allem ein Beispiel Ecks, das in der Literatur eine gewisse Berühmtheit erlangt hat[2]): eine Haushälterin, die als solche nicht zu erkennen ist, kauft mit dem Gelde des Hausherrn für diesen silberne Löffel. Die Löffel werden bei ihr vor der Ablieferung gepfändet. Oder die Haushälterin stirbt auf dem Heimwege. Kann der Herr nach § 771 ZPO. die Widerspruchsklage erheben? Gehören die Löffel zum Nachlaß der

---

1) Natürlich kann das Mädchen in diesem Kostüm auch für sich Austern kaufen. Aber es spricht, zumal beim Vorliegen eines speziellen Auftrags, die Vermutung dagegen. Planck 1, 287; Thoma 64.

2) Eck 1, 179 f.; vergl. dazu die Anmerkung von R. Leonhard und die Literatur daselbst.

Haushälterin? Bilden sie eventuell einen Bestandteil ihres Nachlaßkonkurses? Für alle diese Fragen ist es von Bedeutung, ob die Haushälterin durch die Uebergabe der Löffel Besitz[1]) erwirbt oder der Hausherr.

Planck[2]), der wohl am eifrigsten für eine analoge Anwendung der Vertretungsgrundsätze eintritt, entscheidet: die Haushälterin erwirbt Besitz und Eigentum an den Löffeln, und es bedarf eines besonderen Uebertragungsaktes, um dem Herrn Besitz und Eigentum zu verschaffen. Die Beantwortung der obigen Fragen ist damit von selbst gegeben.

Daß die Entscheidung Plancks von seinem Standpunkt aus konsequent ist, läßt sich nicht leugnen; daß sie aber das Rechtsgefühl befriedigt, wird man füglich nicht behaupten können. Ueber die Auffassung des Lebens und über die Unzuträglichkeiten, zu denen es führen würde, wenn jeder Dienstbote in einem entsprechenden Falle für sich Besitz und Eigentum erwürbe, kann ein Zweifel gar nicht aufkommen[3]). Diese praktischen Erwägungen waren denn nun auch zweifellos für die Mehrzahl der Schriftsteller die Veranlassung, den Fall anders zu entscheiden. Die Schwierigkeit bestand jedoch darin, eine juristische Begründung ausfindig zu machen, und dieser Mühe haben sich nur wenige unterzogen. Eck[4]) suchte eine befriedigende Lösung, indem er die Vorschrift, daß der nicht erkennbare Vertreterwille außer Betracht bleibe, nur auf das Verhältnis zwischen den beiden Kontrahenten bezog, nicht aber

1) Die zum Eigentumserwerb außerdem noch nötige Einigung ist nicht Gegenstand dieser Abhandlung.

2) Planck, zu § 164 S. 287; dagegen die herrschende Lehre.

3) Fleck 366 ff.; Rümelin 218; R. Leonhard, Allg. Teil 367; Regelsberger 421 f.

4) Eck 1, 179 f.; vergl. auch David, Recht 5, 506 f.; Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. 481 f.; Kommentar zu § 164; Cosack 1 § 66 I 1 c γ.

auf das Verhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem. Daß diese Auffassung indes nirgends im Gesetz eine Stütze findet und daß sie ferner für den Erwerb durch Besitzmittler zu unrichtigen und unbilligen Ergebnissen führt, wird Eck selbst wohl kaum entgangen sein. Seine Begründung war lediglich ein Notbehelf, um die zweifellos richtige Entscheidung zu halten [1]. Aber sie war gänzlich willkürlich und ist daher von der neueren Literatur mit Recht aufgegeben [2]. Wendet man das Prinzip des § 164 Abs. 2 auf den vorliegenden Fall an, wie dies Eck augenscheinlich tut, so läßt sich die Richtigkeit der Entscheidung Plancks nicht in Frage stellen.

Die meisten Schriftsteller, die eine Begründung versuchten, schlugen daher einen anderen Weg ein und erklärten, zum Teil unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das Eck'sche Beispiel, daß eine Analogie der allgemeinen Vertretungsgrundsätze beim Besitzerwerb durch Stellvertreter überhaupt nicht stattfinde [3]. Daß aber auch diese Ansicht unrichtig ist, dürften die Ausführungen zu Beginn dieser Abhandlung dargetan haben.

Die richtunggebenden Gesichtspunkte für die Lösung des Problems ergeben sich wohl auch hier, wenn man im Auge behält, daß im allgemeinen eine entsprechende Anwendung der Vertretungsregeln geboten, daß aber stets zu prüfen ist, ob nicht die besonderen Vorschriften des Sachenrechts in dieser oder jener Beziehung eine Ausnahme fordern. Und dies dürfte beim Erwerb durch Besitzdiener der Fall sein. Vergleicht man § 855, der nicht nur nach seinem Wortlaut, sondern auch aus

1) Fleck 379 f.

2) Vergl. Isay 324 und die Literatur daselbst; ferner Fleck a. a. O.; Dernburg 1 § 168 S. 490; Rümelin 214 ff.; Neumann 167 f. OLG. Frankfurt, Recht 1903, S. 127; vergl. auch RG. 58, 273 ff. Ein der Eckschen Ansicht ähnlicher Antrag war allerdings in der II. Kommission gestellt worden, wurde jedoch abgelehnt. Prot. 2, 360 f.

3) Vergl. die Literatur S. 330 Anm. 2.

dem Zusammenhang, insbesondere durch Gegenüberstellung mit ähnlichen Bestimmungen zu erklären ist, mit § 868, so ergibt sich eine auffallende Uebereinstimmung. Nicht nur Inhalt, Gedankengang und Satzbau entsprechen sich fast vollkommen, sondern sogar der Wortlaut. Nur eine große Verschiedenheit besteht: während § 868 sagt „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger rc.", sagt § 855 keineswegs „Uebt jemand die tatsächliche Gewalt als Dienstbote, als Handlungsgehilfe oder in einem ähnlichen Verhältnisse aus", sondern „Uebt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft rc. aus". Sollte diese auffallende Verschiedenheit auf einem Zufall beruhen? Das kann man bei der großen Sorgfalt und der fast überscharfen Genauigkeit, mit welcher der Wortlaut des Gesetzbuchs festgestellt wurde, unmöglich annehmen. Die Abweichung im Wortlaut muß einen Sinn haben, und dieser tritt unseres Erachtens zu Tage, wenn man, ähnlich wie oben, in der Fassung des § 855 den Erwerb des Besitzes zum Ausdruck zu bringen versucht. Es würde sich alsdann folgende Formulierung ergeben:

„Erlangt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so erwirbt nur der andere Besitz." Hier ist es also nicht erforderlich, daß der Vertreter als Dienstbote, als Handlungsgehilfe, als Prokurist die Sache erwirbt, das Gesetz knüpft vielmehr lediglich an die Tatsache, daß der Besitzdiener in dem ihm zugewiesenen Geschäftskreise[1]) die tatsächliche Gewalt er-

1) Demgegenüber darf man nicht einwenden, der Besitzdiener handle auch „als Dienstbote" rc., wenn er, obwohl dem Dritten unerkennbar, dennoch innerhalb des Rahmens der ihm zugewiesenen Tätigkeit eine Sache

langt, den Erwerb des unmittelbaren Besitzes durch den Herrn; mit anderen Worten, es ist nicht erforderlich, daß der Besitzdiener erkennbar für den Herrn handelt, das Offenheitsprinzip des § 164 findet keine Anwendung, eine verdeckte Stellvertretung ist zulässig [1]). Der Besitzdiener erwirbt also dem Herrn selbst dann Besitz, wenn der Dritte ihn für den eigentlichen Erwerber hält [2]). Auch ein abweichender Wille des Besitzdieners vermag den Besitzerwerb des Herrn nicht zu vereiteln, auch dann erwirbt der Besitzdiener nur dem Herrn Besitz, wenn er etwa

---

erwerbe. Denn dies gilt nur für das interne Verhältnis zwischen dem Besitzdiener und seinem Herrn. (In diesem Sinne handelt jeder mittelbare Stellvertreter „als Beauftragter" rc.) Dem Dritten gegenüber handelt der Besitzdiener zweifellos nicht „als Dienstbote", sondern als Selbstkontrahent. Dennoch erwirbt der Herr Besitz.

1) Auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes spricht für die oben vertretene Auffassung. § 801 des I. Entwurfs bestimmte, daß die Vorschriften über die Stellvertretung bei Rechtsgeschäften auf den Besitzerwerb entsprechend anzuwenden seien. Diese Bestimmung, die bei der völligen Umgestaltung des Besitzrechts im II. Entwurf nur mehr für den Erwerb durch Besitzdiener in Frage kommen konnte, wurde von der zweiten Kommission gestrichen. Prot. 3, 33. Es sollte damit freilich nicht jede Analogie ausgeschlossen werden. Das ist aber auch nicht der Sinn der obigen Ausführungen. Diese wollen vielmehr nur darzulegen versuchen, daß das Offenheitsprinzip des § 164 auf den Besitzerwerb durch Besitzdiener keine Anwendung findet.

2) Im Ergebnis übereinstimmend, jedoch ohne oder mit abweichender Begründung die herrschende Lehre, z. B. Eck 1, 179f.; Biermann[2], S. 12, 136; Dernburg, § 20, S. 66; Jung 224f., David 508; Endemann 1, 395, 2; 210, Anm. 7; Regelsberger 421; Neumann S. 573, 653f.; Lenel 90ff.; Langen 99; Rehbein zu §§ 164—181, I 3 b; Fleck 380; Stemann 59f.; Heinrichs 41; Thoma S. 62f., 52; Wunscheid, a. a. O., 38f.; Hoos 34; Eger 24; Kniep S. 241, 243; Isay 352; Rümelin 217f.; Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB., 481f.; R. Leonhard 367; Crome 48; Cosack, Beispiele zu § 198 II 2 b, 118f.; Laube, Erwerb und Verlust des Besitzes ... juristischer Personen, Rost. Diss. 1903, 54, SeuffertsArch. 42, Nr. 283, Rechtsprechung der OLG. 5, 46; dagegen Planck zu § 164 S. 287; Meisner 9, Windscheid-Kipp 693; vergl. auch Biermann[1] 6.

innerlich den Willen hat, für sich zu erwerben[1]), sofern das Geschäft nur in den zugewiesenen Pflichtenkreis fällt[2]). Ob dies der Fall ist, wird allerdings vielfach nur aus den Umständen, z. B. dem Vorliegen eines speziellen Auftrags, oder aus der Verkehrssitte zu entnehmen sein[3]).

Die Anwendung der gefundenen Ergebnisse auf den Erwerb des mittelbaren Besitzes unterliegt keiner Schwierigkeit. Es erwirbt der Prinzipal stets den mittelbaren Besitz, wenn die Handlung des Angestellten in den Kreis seiner Dienstverrichtungen fällt. Der Prokurist braucht daher, wenn er etwa Waren durch constitutum possessorium erwirbt, nicht erkennbar für den Herrn zu handeln, um für diesen mittelbaren Besitz zu begründen; ebensowenig ist es erforderlich, daß der Handlungsgehilfe beim Erwerb eines Konnossements erklärt, er kaufe für den Prinzipal[4])[5]).

1) Anders ist natürlich zu entscheiden, wenn der Besitzdiener diesen animus rem sibi habendi äußert bezw. betätigt. Alsdann fällt das Geschäft nicht mehr in den zugewiesenen Pflichtenkreis, der Besitzdiener handelt nicht mehr für einen anderen in dessen Erwerbsgeschäft rc., sondern für sich selbst. Gleichgültig ist dabei für den Besitzerwerb, ob er so handeln durfte oder nicht. Vergl. im einzelnen Thoma 63 f.

2) So konnte (nach BGB.) der Kellner aus dem „Schwan" in Frankfurt a. M., der 1871 für Bismarck das Tintenfaß kaufte, gar nicht für sich den Besitz und das Eigentum erwerben, weil der Erwerb in den Kreis der ihm zugewiesenen Dienstverrichtungen fiel. Vergl. Kniep 241, aber auch vorige Anm.

3) Es ist indes auch denkbar, daß lediglich der Wille des Besitzdieners darüber entscheidet, ob eine Erwerbshandlung in den Geschäftskreis fällt oder nicht. Wenn z. B. der Oberkellner eines Hotels eine Kiste Zigarren oder ein Kinderfräulein eine Düte Pralines kauft, so wird in vielen Fällen, namentlich wenn ein spezieller Auftrag fehlt, lediglich ihr Wille ausschlaggebend sein. Vergl. auch Strohal 68; Thoma S. 59, 62 ff.; O. Sprenger 38 f.; abweichend Heinrichs 44.

4) Die obligatorische Seite der oben erwähnten Geschäfte bleibt natürlich unberührt.

5) Der originäre Erwerb des Besitzes durch Besitzdiener kann hier übergangen werden, weil das Analogon dazu fehlt. Denn mittelbarer Besitz kann niemals durch Besitzdiener originär erworben werden.

Die Frage, ob zum Erwerb durch Besitzdiener ein Erwerbswille des Vertretenen erforderlich sei, entscheidet sich nach dem im § 3 unter II. Gesagten. Eines speziellen Erwerbswillens bedarf es auch hier nicht, es genügt vielmehr, daß der Herr den Besitzdiener für einen bestimmten Kreis von Verrichtungen bestellt hat und daß die einzelne Erwerbshandlung von diesem Kreise umfaßt wird[1]).

§ 5. Hauptbeispiele der Stellvertreter beim Besitzerwerb.

Nach den allgemeinen Ausführungen über den Besitzerwerb durch Stellvertreter, die gleichmäßig für gesetzliche wie für rechtsgeschäftliche Vertreter gelten, dürfte es geboten sein, die Hauptbeispiele der Stellvertreter beim Besitzerwerb einer kurzen Erörterung zu unterziehen. Es handelt sich hier vor allem um die Frage, ob der Vertreter als Besitzmittler oder Besitzdiener zu betrachten sei. Dies ist für den Erwerb des mittelbaren Besitzes durch den Vertretenen sowohl im Falle der Besitzumwandlung wie auch bei der Neubegründung von größter Bedeutung[2]).

1) Heinrichs 43; Dernburg, § 20, S. 66.

2) Die Frage ist natürlich auch für das Strafrecht wichtig. Ein Besitzmittler kann in Bezug auf die in seiner Gewalt befindliche Sache niemals wegen Diebstahls bestraft werden, wohl aber unter Umständen ein Besitzdiener. Letzteres wird freilich bestritten, aber wohl mit Unrecht. Um zu einer richtigen Entscheidung zu gelangen, ist die Frage nach den in Betracht kommenden strafrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. Diese haben durch das BGB. im allgemeinen keinerlei Aenderung erfahren. Vergl. Lobe, Ueber den Einfluß des BGB. auf das Strafrecht, 1898, S. 11 ff., 19; Biermann 4; Kniep 48; Kappler, Zur Lehre vom Besitz, Freib. Diss. 1899, S. 67 f.; EG. zum BGB. 32, 34; abweichend Bekker, IheringsJ. 34, 64 ff. Das Strafrecht operiert aber keineswegs mit den Besitzbegriffen des BGB., sondern mit dem davon verschiedenen Begriff des „Gewahrsams“. (Aehnlich §§ 808, 886 ZPO.). Danach ist die Veruntreuung des Besitzdieners eine Unterschlagung, wenn er den alleinigen Gewahrsam der Sache hatte, Diebstahl dagegen, wenn die Sache im Mitgewahrsam des Herrn stand. Ein Reisender, der Gelder veruntreut, „unterschlägt“; ein Fabrikarbeiter dagegen, der unredlicher Weise Maschinenteile

I. Es seien zunächst die gesetzlichen Vertreter ins Auge gefaßt. Förtsch[1]) vertritt die Anschauung, daß alle gesetzlichen Vertreter an den in ihren Händen befindlichen Sachen der von ihnen vertretenen Personen keinen Besitz, sondern nur Gewahrsam haben[2]), Fr. Leonhard[3]) dagegen hält alle für Besitzer. Die meisten sehen einzelne Arten von Vertretern als Besitzmittler, andere als Besitzdiener an, und dies dürfte richtig sein.

Am wenigsten bestritten ist der Besitz des Vaters an dem nicht freien Kindesvermögen oder richtiger an den sämtlichen hierzu gehörigen Sachen, da eine Gesamtheit als solche nicht Gegenstand des Besitzes sein kann[4]). Der Vater ist kraft seiner

---

ablöst und mit nach Hause nimmt, oder ein Dienstmädchen, das Wäschestücke, die es bügeln, Silberzeug, das es reinigen soll, entwendet und in seinem Koffer verschließt, begehen einen Diebstahl. Wie hier Thoma 54 sowie die strafrechtliche Literatur, z. B. v. Liszt, Strafrecht, § 127, III; Olshausen, § 242 Anm. 15, 17, § 246 Anm. 9; Lobe S. 28, 31. Für Unterschlagung Dernburg, § 14 S. 53 Anm. 4; R. Leonhard bei Eck 10 Anm. 1. Für Diebstahl Eck 10; Endemann 172 Anm. 18; Bekker, JheringsJ. 34, 63; Fr. Leonhard 84; OLG. Posen in SeuffA. 57 Nr. 35; Neumann 574; Reiß, a. a. O. 18 f.

1) Förtsch, Sind nach dem Rechte des BGB. die gesetzlichen Vertreter Besitzer der in ihren Händen befindlichen Sachen der von ihnen vertretenen Personen?, GruchotsBeitr. 48, 545 ff., vergl. auch Kniep 52 ff.; Kammergericht, Urteil vom 18. Juni 1902; Mugdan 5, 148 ff.; Ullmann, ArchCivPrax. 92, 315 f.

2) Trotzdem behauptet Förtsch, diese Personen seien nicht zu den Besitzdienern zu zählen. Er schreibt S. 548: „Entweder gehört der gesetzliche Vertreter zu den Leuten des § 855, oder der § 855 enthält nicht alle Fälle, in denen trotz vorhandener tatsächlicher Gewalt doch kein Besitz vorhanden ist. Wir tragen kein Bedenken, die letztere Folgerung als die allein richtige zu bezeichnen.“ Dies ist jedoch vollkommen willkürlich. Das Gesetz kennt nur die Alternative: entweder Besitz oder Besitzdienerschaft. Vergl. Kober 11; Isay 265 ff.; Planck 35; Stemann 62. Abweichend v. d. Issen, Gab und gibt es eine Nachfolge in den Besitz &c.?, Leipz. Diss. 1902, S. 25.

3) Fr. Leonhard 62 f.

4) RG. 52, 385 ff.; Biermann 1; Crome 35.

elterlichen Gewalt gesetzlich berechtigt und verpflichtet, für das Vermögen des Kindes zu sorgen, § 1627. Dazu ist aber regelmäßig eine Inbesitznahme der Sachen erforderlich. Auch steht dem Vater die Nutznießung an dem Vermögen des Kindes zu, § 1649. Er ist also auch dadurch zum Besitze berechtigt. Macht er von diesem Rechte Gebrauch, so erlangt das Kind mittelbaren Besitz [1]) [2]). Ist nun die Stellung des Vaters dem Kinde gegenüber eine so unselbständige, daß man ihn als Besitzdiener auffassen kann? Zweifellos nicht. Der Besitzdiener muß den auf die Sache sich beziehenden Anweisungen seines Herrn Folge leisten. Gerade das Gegenteil ist bezüglich der Stellung des Vaters zum Kinde zu sagen: der Vater ist selbständig, das Kind von ihm abhängig, §§ 1617, 1626.

Dasselbe, was vom Vater gesagt wurde, gilt auch von der Mutter, falls ihr nach §§ 1684 ff. die elterliche Gewalt zusteht. Das Kind erwirbt also mittelbaren Besitz, wenn die Mutter die zu ihrer Vermögensverwaltung oder Nutznießung gehörenden Sachen in Besitz nimmt. Entsprechendes ist auch beim Beistand der Mutter anzunehmen, dem die Vermögensverwaltung übertragen ist, sowie beim Vormund und Pfleger [3]).

1) Vergl. auch OLG. Celle, Urteil vom 5. Dez. 1901; Mugdan 4, 148. Das Kind kann aber auch selbst unmittelbarer Besitzer sein, wie „der minderjährige Student, der in der Universitätsstadt seine Wohnung hat und darin Bücher, Kleider rc. besitzt". Fr. Leonhard 62; Kober 12.

2) Für alle Fälle der Vertretung gilt natürlich gleichmäßig, daß nur dann Besitzvermittlung in Frage kommt, wenn der Vertreter die Sachen tatsächlich in seinen Besitz nimmt.

3) §§ 1773 ff., 1793, 1896 ff., 1909 ff., 1960; StPO. §§ 332—336, 480. Wohl mit Unrecht halten Cosack, § 185 S. 66, Strohal 16, Bunsen, Einführung 2, 12 f. u. a. den Vormund für einen Besitzdiener. Aber der Vormund ist doch nicht verpflichtet, den Anweisungen des Mündels Folge zu leisten! Kober 11; Eck 6; Fr. Leonhard 62; Biermann 36; Buhl, Recht der beweglichen Sachen, 1901, S. 23; Dernburg, § 14, 6 S. 53; Planck, § 868, 2 b β, § 854, 5; Enneccerus-Lehmann 63; Weidemann, Der mittelbare Besitz, Berl. Diss. 1902, S. 17; Hoos 41 f.; Endemann, § 31 S. 159 Anm. 26.

In der Ehe erwerben vielfach beide Teile mittelbaren Besitz, der Mann vor allem, indem die Frau auf Grund ihrer Schlüsselgewalt zu ihrem Wirkungskreise gehörige Sachen in Besitz nimmt [1]), die Frau regelmäßig infolge des dem Manne zustehenden Rechts der Verwaltung und Nutznießung bezüglich des eingebrachten Guts. Letzteres ist jedoch kein Fall der gesetzlichen Vertretung und daher hier nicht zu behandeln [2]).

Während in den bisher besprochenen Fällen der gesetzliche Vertreter eine derart selbständige Stellung einnahm, daß er als Besitzmittler zu betrachten war, läßt sich dies nicht in gleicher Weise sagen von den Organen einer juristischen Person [3]). Sie haben zwar die Stellung von gesetzlichen Vertretern, BGB. §§ 26, 30, 86; aber sie stehen in einem solchen Abhängigkeitsverhältnis, daß sie nur als Besitzdiener anzusehn sind. Sie sind nur Organ, eine longa manus, durch welche die juristische Person unmittelbar den Besitz gewinnt [4]). Eine Ausnahme ist dabei nach den Umständen des einzelnen Falles sehr wohl möglich. So ist z. B. dem Vorstand oder einem für ein bestimmtes Geschäft bestellten Vertreter, der eine Sache in seiner Privatwohnung verwahrt, nicht bloß Inhabung, sondern Besitz

---

1) § 1357, vergl. auch § 1450.

2) Zitelmann, Allg. Teil 120; meine Diss. 58 ff.

3) Schloßmann versucht in IheringsJ. 44, 289 ff. gegen die herrschende Lehre, die in den Vertretern einer juristischen Person deren Organe erblickt, anzukämpfen. Wohl mit Unrecht. Vergl. die Entgegnung von Preuß, daselbst 429 ff.

4) Dernburg, § 14 S. 53; Gierke, Gutachten 31; Cosack, § 185 S. 66; Crome 27 Anm. 40; Windscheid-Kipp zu §§ 148 bis 155 I 1 g; Buhl 22; Enneccerus-Lehmann, § 19 S. 62 ff.; Matthiaß, § 2 S. 7; Stemann 68 f.; Heinrichs 48; Weidemann 17; O. Sprenger 58; Laube, Erwerb und Verlust des Besitzes . . . juristischer Personen, Rost. Diss. 1903, S. 54; vergl. noch Endemann S. 211, 159; abweichend Biermann zu § 868 S. 36; Planck zu § 854, 5 S. 34 f.; Bartels 668; Fr. Leonhard 63; Kniep 49 ff.; Bendix, Besitzlehre, Recht 4, 45; Klein, Der mittelbare Besitz, Bonn. Diss. 1899, S. 65; Hoos 42; Reiß 34.

zuzuschreiben[1]). Durch sie erwirbt daher die juristische Person mittelbaren Besitz.

Besitzdienerschaft ist regelmäßig auch bei den Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder eines Vereins, bei den Beamten öffentlicher Korporationen sowie bei den Organen einer Stiftung anzunehmen[2]). Natürlich sind aber auch hier Ausnahmen denkbar.

II. Bei den gewillkürten Stellvertretern, die für den Erwerb des mittelbaren Besitzes in Frage kommen, handelt es sich hauptsächlich um Beauftragte[3]). Hier ist jedoch nicht nur an eine unentgeltliche Geschäftsbesorgung zu denken, sondern an jede Art des Geschäftsbesorgungsvertrages. Die wichtigsten Fälle dürften sein: der Beauftragte im engeren Sinne, der Gesellschafter, der aus dem Dienstvertrage Verpflichtete, der Unternehmer beim Werkvertrag, der Prokurist, der Reisende, der Handlungsgehilfe und -lehrling, der Handlungsagent und Handelsmäkler, der Kommissionär. Von diesen wird man den Beauftragten im engeren Sinne, den Unternehmer beim Werkvertrag, den Agenten, Mäkler und Kommissionär regelmäßig zu den Besitzmittlern, die übrigen zu den Besitzdienern zu zählen haben[4])[5]). Aber die Grenzen stehen auch hier nicht unverrückbar fest, und man wird in einzelnen Fällen mit Rücksicht auf die begleitenden Umstände sehr wohl zu einem anderen Ergebnis

---

1) Cosack, § 185 S. 66; Strohal 16; Kober 12; Windscheid-Kipp a. a. O.

2) Enneccerus-Lehmann 64; Wendt 67; Dernburg a. a. O.; Fr. Leonhard 64.

3) Endemann, § 38 S. 212.

4) Weitere Beispiele aus der unbeschränkten Zahl der Besitzdiener namhaft zu machen, ist für diese Arbeit zwecklos, da die meisten für den Erwerb des mittelbaren Besitzes nicht in Frage kommen.

5) Da der Reisende nur Besitzdiener ist, so hat er an den Mustern und Koffern des Prinzipals kein Zurückbehaltungsrecht. Prot. 3, 32; Endemann, § 33 S. 173, 168 f.; F. Sprenger 28; Denkschrift zum HGB. 59 ff., wohl unrichtig Kommissionsbericht zum HGB. 23.

gelangen können. Das obligatorische Verhältnis zwischen den beteiligten Personen ist nicht ohne weiteres auch für die besitzrechtliche Stellung des Vertreters bestimmend. So kann z. B. der Beauftragte im engeren Sinne, bei dem man im allgemeinen aus der Unentgeltlichkeit seiner Geschäftsbesorgung auf eine freiere Stellung schließen darf, unter Umständen als Besitzdiener, der Gesellschafter dagegen als Mittler erscheinen. Den entscheidenden Maßstab kann auch hier im einzelnen Fall nur die Verkehrsauffassung bilden. Wenn nach ihr der Vertreter vermöge seines Abhängigkeitsverhältnisses nicht eine ihm zustehende Gewalt, sondern die dem Auftraggeber zustehende Gewalt ausübt, so ist er als Besitzdiener, im anderen Falle als selbständiger Besitzer anzusehn [1]).

§ 6. Geschäftsführung ohne Auftrag.

Nachdem die Fälle des Besitzerwerbs durch gesetzliche und rechtsgeschäftliche Vertreter besprochen sind, dürfte es wohl am Platze sein, auf die Frage näher einzugehn, ob auch durch Vertreter ohne Vertretungsmacht mittelbarer Besitz erworben werden könne. Die verschiedenen Möglichkeiten, an die man denken könnte, sind Quasikontrakt, Quasidelikt und Delikt. Von diesen fallen die beiden letzten sofort weg, weil hier die wichtigsten Voraussetzungen des mittelbaren Besitzes nicht zutreffen und deshalb auch eine rechtlich anerkannte, den im § 868 genannten Beispielen ähnliche Stellung des unmittelbaren Besitzers dem anderen gegenüber völlig fehlt. Wie steht es aber mit dem Quasikontrakt? Kann er als eine Art, mittelbaren Besitz zu gewinnen, aufgefaßt werden?

I. Besitzumwandlung. Es sei zunächst der Fall der

---

1) Planck zu § 855 S. 36; Kober zu § 868 IV; Bekker, IheringsJ. 34, 49.

Besitzumwandlung näher ins Auge gefaßt[1]). Wird der Geschäftsherr mittelbarer Besitzer, wenn ein Geschäftsführer ohne Auftrag seine Sachen in Besitz nimmt? Dies nimmt Bekker[2]) an. „In der Wohnung des abwesenden B bricht Feuer aus, sein Freund A hilft beim Löschen und nimmt verschiedene gerettete Stücke in seine Wohnung, um sie bei erster Gelegenheit dem B zurückzugeben. Gewiß hat A hier keine Vertretungsmacht, kein durch einen Ableitungsakt von B auf ihn gekommenes ius possidendi, aber ebenso gewiß ist, daß man, ohne den Worten den gröbsten Zwang anzutun, von ihm nicht sagen darf, daß er die geretteten Sachen als ihm gehörend besitzt. Er ist Verwahrer und will nichts anderes sein, und Verwahrer kann man nicht bloß aus einem Kontrakt, sondern ebenso wohl aus einem Quasikontrakt werden." Es ist zweifellos richtig, daß A die geretteten Sachen nicht „als ihm gehörend" besitzt. Irrig ist jedoch, darauf den mittelbaren Besitz des B gründen zu wollen. Es liegt dem die Vorstellung zu Grunde, daß kein Fremdbesitz ohne Eigenbesitz möglich sei[3]). Dies ist aber unrichtig. A wirft z. B. eine Sache weg, B hebt sie auf und verwahrt sie für den vermeintlichen Verlierer[4]). A schickt dem B eine Sache donandi causa. B nimmt sie irrtümlich als geliehen an. B ist in beiden Fällen Fremdbesitzer, A aber keineswegs Eigenbesitzer oder mittelbarer Besitzer. Aus dem Fremdbesitz allein kann daher nicht auf einen mittelbaren Besitz geschlossen werden. Einen anderen Beweis aber dafür, daß durch das Handeln des Freundes der bisherige unmittelbare Besitz des B in mittelbaren verwandelt werde, bringt Bekker nicht. Dies dürfte auch unmöglich sein. B in dem

1) Die Besitzumwandlung durch Besitzdiener kommt hier selbstredend nicht in Frage.

2) Bekker, Aphorismen 21; vergl. auch Kniep 152.

3) So Bekker, IheringsJ. 34, 22.

4) Cosack, § 185 S. 64; Eller, Rechtliche Stellung des Finders, Erl. Diss. 1900, S. 44.

von Bekker angeführten Beispiel verliert seinen unmittelbaren Besitz dadurch, daß A die Sachen in seine unmittelbare Gewalt bringt; ein Verhältnis im Sinne des § 868 liegt aber trotz der Verwahrung des A nicht vor. Denn nicht jede Verwahrung begründet mittelbaren Besitz[1]). A besitzt die Sachen in erster Linie nicht „als Verwahrer", sondern „als Geschäftsführer ohne Auftrag". Nach § 677 hat er zwar auf das Interesse des Geschäftsherrn sowie dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen Rücksicht zu nehmen, daraus folgt aber nicht, daß er zum Besitze verpflichtet sei. Er kann die Sachen einem Lagerhalter übergeben, er kann sogar, ohne seine Pflichten als Geschäftsführer zu verletzen, die vielleicht hoch versicherten Gegenstände wieder in die Wohnung des Freundes zurückschaffen, obschon sie dort dem Verderben ausgesetzt sind, wenn dies nur dem Interesse und Willen des Freundes entspricht. Weil die Stellung des Geschäftsführers ohne Auftrag nicht den im § 868 genannten Beispielen ähnlich ist, kann von einer Umwandlung des unmittelbaren Besitzes in mittelbaren durch Quasikontrakt keine Rede sein[2]).

Dies ist auch im Ergebnis durchaus befriedigend. Denn sonst könnte man dazu gelangen, selbst verbotene Eigenmacht als eine Erwerbsart des mittelbaren Besitzes anzusehen und dem Gläubiger, der eigenmächtig eine Sache als Pfand wegnimmt, Besitzschutz gegenüber dem Schuldner zu gewähren. Auch wenn die Uebernahme einer Geschäftsführung mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Herrn im Widerspruch steht und der Geschäftsführer dies erkennen mußte, liegt ein

1) Dies wird beim Finder näher zu besprechen sein, ebenso die Bedeutung einer Genehmigung durch den Geschäftsherrn.

2) Biermann 37; Endemann[7] § 32 S. 127; Isay 278; Meisner 10; Rehbein zu §§ 177—180 S. 279; Thoma S. 76, 80; Schön, Eigentumsklage gegen den mittelbaren Besitzer, Freib. Diss. 1899, S. 14; Mot. 3, 87 f.; abweichend Planck 63; Kober 36; Heinrichs 52; Endemann[8] u.[9] § 32 S. 164 Anm. 15; Reiß 30.

Quasikontrakt vor. § 678. Es ist dann nur noch ein Schritt, auch in der Besitzveränderung durch Delikt eine Möglichkeit für den Betroffenen, mittelbaren Besitz zu gewinnen, zu erblicken.

II. Neubegründung. Der Finder. Aehnliche Grundsätze wie bei der Besitzumwandlung durch Vertreter ohne Vertretungsmacht dürften für die Neubegründung des mittelbaren Besitzes gelten. Das Hauptbeispiel [1]), das in Betracht kommt, bildet der redliche Finder. Um seine Stellung ist in der Literatur ein lebhafter Streit entbrannt. Ist der Finder alleiniger Besitzer oder begründet er noch einen mittelbaren Besitz für den Verlierer [2])? Wendt [3]) sagt: „In der bisherigen Literatur war der Besitz des Finders streitig. Das BGB. läßt darüber einen Zweifel gar nicht aufkommen. Man braucht nur zu lesen: § 966, der Finder ist zur Verwahrung der Sache verpflichtet, und hat damit bereits die gesuchte Antwort erhalten. Die ihm weiter auferlegte Anzeigepflicht [4]), § 965, die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit bestätigen das Ergebnis, daß er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze verpflichtet ist." „Neben dem Besitz des Finders steht also der mittelbare Besitz des Verlierers. . . . Bemerkenswert ist, daß das Finden den bisherigen Besitz in gewissem Sinne wiederherstellt, wenn schon nur als mittelbaren Besitz." Dieselbe Ansicht vertreten mit gleicher Beweisführung oder ohne Be-

---

1) Weitere Beispiele 371 f.

2) Der Fall der Besitzdienerschaft ist hier nicht zu erörtern, da es sich bei ihm für den Herrn um Erwerb des unmittelbaren Besitzes handelt.

Hatte der Besitzer nach § 856, 2 den Besitz noch nicht verloren, so ist die Besitzergreifung des Finders nach den Grundsätzen über die Besitzumwandlung durch Geschäftsführer ohne Auftrag zu beurteilen.

3) Wendt 62.

4) Schon hier sei bemerkt, daß aus der Anzeigepflicht jedenfalls nichts für den mittelbaren Besitz folgt. Es ist dies eine Pflicht im öffentlichen Interesse, die gerade so in einer großen Zahl anderer Fälle besteht. Igen, Rechtliche Stellung des Finders, Erl. Diss. 1898, S. 21; Eller, Rechtliche Stellung des Finders, Erl. Diss. 1900, S. 51.

gründung Bekker, Kipp, Bartels, Endemann, Bendix, Dernburg für den Fall der Besitzumwandlung, unter einer Einschränkung auch Kniep und Neumann, ferner Klein, Kappler u. a. m.[1]). Der springende Punkt ist bei fast allen Schriftstellern die Annahme, daß durch die Verwahrungspflicht des Finders ein Verhältnis begründet wird, das den Voraussetzungen des § 868 entspricht. Dies wird aber von den Gegnern Wendts auf das entschiedenste bestritten[2]).

1) Bekker, JheringsJ. 34, 41; Aphorismen 20 f.; Windscheid-Kipp 698; Bartels S. 659 f., 669; Bendix, Recht 4 S. 46, 48; Dernburg, § 20 S. 67; Kniep 153; Neumann zu § 868 S. 584 f.; Klein S. 65—69; Kappler 71 f.; Aravantinos 145; Müller und Meikel, Bürgerliches Recht 1, 455; Bendix, Privatrecht 524; Endemann[8] u.[9] S. 159, 168 f.; vergl. auch Crome 33 f.; OLG. Hamburg, Urteil vom 2. Nov. 1903; Mugdan 8, 112 ff. Heinrichs 56 begründet den mittelbaren Besitz dadurch, daß der Finder aus dem Vermögen des Verlierers erworben habe. In Ausführung seines Prinzips hätte Fr. Leonhard zu demselben Ergebnis kommen müssen. Vergl. dazu Hellhoff 10. Sonderbar ist die Beweisführung Neumanns. Nachdem er zuerst den mittelbaren Besitz des Verlierers im allgemeinen — allerdings mit einem Fragezeichen — geleugnet, nennt er später als Beispiel für ein Rechtsverhältnis gemäß § 868 den unmittelbaren Besitz „des Finders, wenigstens dann, wenn er dem Verlierer bekannt ist, so daß dieser nicht den Besitz überhaupt gemäß § 856 verloren hat". Aber, wenn der sog. „Verlierer" den Besitz gemäß § 856 überhaupt nicht verloren hat, so ist er doch wohl noch unmittelbarer Besitzer und streng genommen überhaupt gar kein Verlierer. Jedenfalls ist er aber dann nicht mittelbarer Besitzer. Vielleicht soll die Stelle sich auf die Besitzumwandlung im Falle des § 856, 2 beziehen.

2) Vergl. insbesondere Endemann[7] § 32 S. 126; Gierke, Fahrnisbesitz 7; Gutachten 34 f.; Strohal, JheringsJ. 38, 24; Planck, zu § 868 S. 63; Biermann 35; Matthiaß, § 2 S. 8; Eck 2, 15; Meisner 28; Enneccerus-Lehmann, § 19 S. 59; Fr. Leonhard 71; Kober 86; Gärtner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust, 1901, S. 147 ff.; Isay 278 f.; Turnau-Förster, Fischer-Henle zu § 868; Buhl 29; Cosack XX, § 185 S. 64 Anm. 20; Thiesing, ArchBürgR. 20, 247; Bartel, Der mittelbare Besitz . . ., Erl. Diss. 1898, S. 13; Schön, a. a. O. 14; Stemann 23; Eller, Rechtliche Stellung des Finders, Erl. Diss. 1900, S. 42; Mohr, Fund verlorener Sachen, Erl. Diss. 1901, S. 21; Blänkner, Rechtliche Stel-

Die Ablehnung der Besitzvermittlung durch den Finder folgt bei den meisten dieser Autoren unmittelbar aus ihrer Begriffsbestimmung des mittelbaren Besitzes, und es zeigt sich gerade hier die Verschiedenheit der Ansichten in kaleidoskopartiger Buntheit. Da nun die Theorien über die Voraussetzungen des mittelbaren Besitzes, wie ich an anderer Stelle[1]) dargelegt habe, in vielen Punkten von einander abweichen und sich widersprechen, so ist es klar, daß auch die Beweisführungen gegen den mittelbaren Besitz des Verlierers, soweit sie, wie zumeist, lediglich auf der allgemeinen Begriffsbestimmung des mittelbaren Besitzes beruhen, sich widersprechen und zum großen Teil unrichtig sind.

Aber auch das, was an besonderen Gründen vorgebracht wird, dürfte kaum geeignet sein, die Anhänger Wendts in ihrer Ansicht zu erschüttern. Dies gilt insbesondere von der früheren Begründung Plancks[2]). Er sagte: „Der Finder ist dem Verlierer gegenüber nicht auf Zeit zum Besitze verpflichtet, da er nach § 967 den Besitz jederzeit der Polizeibehörde überlassen kann.“ Aber auch der Verwahrer kann nach § 696, wenn eine Zeit für die Aufbewahrung nicht bestimmt ist, jederzeit die Rücknahme der hinterlegten Sachen verlangen,

---

lung des Finders, Greifsw. Diss. 1901, S. 44; Neuburger, a. a. O. 38; Weidemann 19; Wedell, Die rechtlichen Beziehungen zwischen Verlierer und Finder, Rost. Diss. 1903, S. 57 ff.; Thoma 76; Schwenck, Rechtsschutz des mittelbaren Besitzers, Bresl. Diss. 1903, S. 19; Hoos, a. a. O. 44; F. Sprenger 25; Reiß 26.

Freitag, Besitzverhältnisse an der gefundenen Sache, Erl. Diss. 1896; Igen, Rechtliche Stellung des Finders, Erl. Diss. 1898; Oesterreich, Das Recht des Finders ꝛc., Erl. Diss. 1898, und Dolezych, Rechtsverhältnisse am Fund ꝛc., Jen. Diss. 1901, übergehen die Frage mit Stillschweigen.

1) Vergl. meine Diss. 14 ff.

2) Planck[1] u. [2] zu § 868 S. 56; ebenso Wedell S. 56, 58; Fr. Leonhard 72; Franke, Zur Lehre vom mittelbaren Besitz . . ., Bresl. Diss. 1903, S. 29 f.; Neuburger 38; dagegen Bekker, Aphorismen 21; Stemann 23.

und er ist doch Besitzmittler. Auch ist der Finder bis zu dem Zeitpunkt, wo er die Sache der Polizei abliefert, also auf Zeit, gemäß § 966 zur Verwahrung und damit zum Besitze verpflichtet[1]). In der 3. Auflage hat Planck daher mit Recht seine frühere Ansicht aufgegeben.

Auch die Beweisführruug Strohals, der den mittelbaren Besitz des Verlierers ablehnt, weil nach § 180 bei einem einseitigen Rechtsgeschäft eine Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig sei, führt nicht zum Ziel. Seine viel angegriffene Beweisführung[2]) ist an sich zwar im wesentlichen richtig[3]), aber sie trifft nicht den Kern der Sache, indem sie die Frage offen läßt: warum ist der Finder zur Verwahrung verpflichtet und doch nicht Besitzmittler? Dies ist aber der Schwerpunkt der ganzen Streitfrage; denn gerade in der Gleichstellung der Verwahrung aus § 966 und der im § 868 genannten liegt die Unrichtigkeit der Ansicht Wendts und der ihm zustimmenden Schriftsteller. Hiergegen muß sich daher auch der Angriff auf die Lehre Wendts richten. Gerade an diesen Gesichtspunkt aber hat u. W. die bisherige Literatur ihre Erörterung der Frage

---

1) Vergl. Stemann 21 Anm. 1.

2) Strohal 25; ähnlich Mohr 21 f.; dagegen Endemann, § 32 S. 164 Anm. 15; Bekker, Aphorismen 21; Kniep 153 f.; Fr. Leonhard 72; Wedell 58; Klein 68 f.; Weidemann 19.

3) Richtig dürfte an der Begründung Strohals sein, daß von einem mittelbaren Besitz des Verlierers deshalb keine Rede sein kann, weil 1) bei einem einseitigen Rechtsgeschäft eine Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig ist, und weil 2) der Finder seine auf Herstellung eines dem § 868 entsprechenden Verhältnisses zu einem Empfangsberechtigten gerichtete Absicht nicht einseitig zur Verwirklichung bringen kann.

Unrichtig dürfte dagegen sein, daß Strohal sich für den zweiten Grund nicht auf § 181, der allein in Betracht kommen kann, sondern auf § 180 beruft. Vergl. S. 370 f. dieser Arbeit. Auch hätte Strohal, um sich auf § 180 zu stützen, sagen müssen, daß der Besitzerwerb des Finders, obwohl regelmäßig kein Rechtsgeschäft, dennoch analog dem nicht empfangsbedürftigen einseitigen Rechtsgeschäft zu behandeln sei.

noch nicht angeknüpft. Es sei daher gestattet, hier auf den erwähnten Gesichtspunkt näher einzugehn.

Der Gedankengang Wendts und seiner Anhänger ist folgender: Nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 868 ist der Verwahrer Besitzmittler; der ehrliche Finder, der seine Verpflichtung aus § 966 erfüllt, ist aber zweifellos ein Verwahrer[1]); folglich ist er Besitzmittler. Die beiden Prämissen sind richtig, der daraus gezogene Schluß ist falsch. Ein Verwahrer nach § 966 ist eben kein Verwahrer im Sinne des § 868[2]). Das ergibt sich deutlich aus dem Wortlaut des § 868: „Besitzt jemand eine Sache ... als Verwahrer ... oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer." Der gemeinsame Oberbegriff, der Nießbraucher, Verwahrer 2c. sowie die ähnlichen Fälle umfaßt, ist das „Verhältnis, vermöge dessen jemand einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist." Dieses muß in jedem Falle gegeben sein. Es muß also das Verwahrungsverhältnis ein solches sein, vermöge dessen der Verwahrer dem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze verpflichtet ist, mit anderen Worten das Verwahrungsverhältnis muß das Primäre, es muß die causa possessionis sein. Gerade das Gegenteil ist aber beim Finder der Fall, bei ihm ist der durch den Fund erlangte Besitz die causa der Verwahrungspflicht[3]).

1) So Bekker, Aphorismen 20.

2) Auch HGB. § 379 stellt für den Käufer die Verpflichtung auf, für die Aufbewahrung einer übersendeten Ware zu sorgen. Daraus folgt jedoch nicht, daß der Käufer Verwahrer im gewöhnlichen Sinne und somit Besitzmittler ist. Vergl. auch S. 363 f.; ferner HGB. § 390; Kniep 151.

3) § 965: „Wer eine verlorene Sache findet und an sich nimmt 2c." Auch in den §§ 833, 836, 861, 867, 1005, 1007, 809 ist der Besitz Grundlage einer Verpflichtung, ebenso bei der rei vindicatio. Aravantinos 120; Neumann 557; Straaten, a. a. O. 21 ff. Vergl. auch Cosack, § 188 S. 78; Wedell 37 weist auf ein Analogon aus dem Strafrecht hin.

Die Beweisführung Wendts beruht daher auf einer Verwechselung von Grund und Folge. Das Recht und die Pflicht zum Besitze gründet sich beim Finder nicht auf das Verwahrungsverhältnis, sondern auf einen Rechtssatz. Es liegt eine obligatio ex lege vor [1]). Deshalb ist auch die Haftung des Finders ganz anders geregelt als bei der gewöhnlichen Verwahrung [2]). Auch die Voraussetzungen für die Entstehung des Schuldverhältnisses sind in beiden Fällen verschieden. Bei der gewöhnlichen Verwahrung sind regelmäßig volle Geschäftsfähigkeit des Schuldners sowie ein Vertrag erforderlich, durch den eine Verpflichtung „einem anderen gegenüber" (§ 868) begründet wird; beim Fund ist beides nicht nötig, das Gesetz knüpft vielmehr an eine juristische Tatsache, den Besitzerwerb, eine allgemeine Verpflichtung [3]).

Es könnte jedoch noch der Einwand gemacht werden, daß durch die Genehmigung des Verlierers mit rückwirkender Kraft ein Verhältnis im Sinne des § 868 und somit mittelbarer Besitz begründet werde. Bei der großen Bedeutung einer solchen Rückbeziehung in allen Fällen, wo ein Vertreter ohne Vertretungsmacht für einen anderen Besitz erwerben will, lohnt es sich, auf diese schwierige Frage einzugehn, deren „subtile Natur" die Motive veranlaßte, die „Beantwortung der Wissenschaft und Praxis zu überlassen" [4]).

Die Genehmigung ist die nachträgliche Zustimmung zu

1) Der Verlierer kann nicht mit der actio depositi vorgehn. Dies müßte Wendt jedoch annehmen. Vergl. §§ 970—972; Schwenk 19.

2) Vergl. § 968 und anderseits §§ 688, 689 in Vbd. mit § 276, ferner § 690.

3) Dabei bestimmt sich die Haftung geschäftsunfähiger oder -beschränkter Personen nach § 682; es sind nämlich die Bestimmungen über die Geschäftsführung zur Ergänzung der Fundregeln heranzuziehn. Vergl. Mot. 3, 376; Kniep 154; Dernburg, § 116 S. 354 Anm. 9, S. 355.

4) Mot. 3, 89.

einem Rechtsgeschäft, § 184. Daß der Besitzerwerb in vielen Fällen gar kein Rechtsgeschäft ist und deshalb nur eine analoge Anwendung der Vertretungsgrundsätze Platz greifen kann, wurde bereits ausgeführt. Als Analogon kommt nun beim Fund in Frage das einseitige nicht empfangsbedürftige Rechtsgeschäft. Bei diesem gibt es jedoch nach § 182 keine Genehmigung. Aber selbst wenn man auch hier eine ähnliche Behandlung wie bei den empfangsbedürftigen Geschäften eintreten lassen wollte [1], so wäre damit noch kein Verhältnis im Sinne des § 868 begründet. Dazu bedarf es, da der Fall der gesetzlichen Ermächtigung hier nicht in Frage kommt, eines Vertrages. Diesen kann der Vertreter ohne Vertretungsmacht aber nicht im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen abschließen, § 181. Das Selbstkontrahieren ist in diesem Falle nichtig [2]). Es entsteht kein Schwebezustand, eine Genehmigung ist daher ausgeschlossen [3]). Es ist also selbst dann eine Genehmigung mit rückwirkender Kraft unmöglich, wenn der Vertreter von vornherein den Willen hat, die Sache auf Grund eines Verhältnisses im Sinne des § 868 zu besitzen. Ein Zurückdatieren der Rechtswirkungen im Falle der Genehmigung würde übrigens auch mit dem Wesen des mittelbaren Besitzes als einer auf tatsächlicher Beziehung zur Sache beruhenden Herrschaft [4]) im Widerspruch stehen [5]).

Entsprechendes wie beim Fund hat auch beim Erwerb eines

1) Crome 1 § 82 S. 361.

2) Planck, Neumann zu § 181; Cosack, § 68 S. 242, § 69 S. 245; RG. 51, 426; dagegen Meisner 10; Dernburg 1 § 170 S. 497; RG. 56, 107 f.

3) Isay 360; Schloßmann 2, 66 ff.

4) Dies ist wenigstens die herrschende und auch in dieser Arbeit vertretene Meinung. Vergl. meine Diss. 83 ff.

5) Isay 360.

Schatzes zu gelten. Es ist also in keinem dieser Fälle der Finder Besitzmittler [1] [2].

Genau so wie bei gefundenen Sachen dürften auch die Besitzverhältnisse an gestohlenen und geraubten Sachen [3] liegen, die von der Polizei bei dem Beschuldigten beschlagnahmt werden. Auch hier entsteht für den durch die strafbare Handlung Verletzten durch die Beschlagnahmehandlung kein mittelbarer Besitz [4].

---

1) Strohal 25; dagegen Wendt 62 f.

2) Wie der Fall des Finders dürften besitzrechtlich überhaupt alle Fälle der auftraglosen Geschäftsführung zu beurteilen sein. Planck 63 glaubt zwar, daß unter Umständen „auch durch die Geschäftsführung ohne Auftrag ein mittelbarer Besitz des Geschäftsherrn begründet werden kann, nämlich dann, wenn der Geschäftsführer den Besitz im Namen des Geschäftsherrn erworben hat; denn unter dieser Voraussetzung leitet er im Sinne des Gesetzes sein Recht zum Besitze von dem Geschäftsherrn ab." Diese Ansicht dürfte jedoch unrichtig sein. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Geschäftsführer in dem erwähnten Fall wirklich „im Sinne des Gesetzes" sein Recht zum Besitze von dem Geschäftsherrn ableitet. Jedenfalls ist dies für den Begriff des mittelbaren Besitzes unwesentlich. Vergl. meine Diss. 22 f., oben 345 ff. Entscheidend für die Frage dürfte sein, daß für den Geschäftsführer nicht ein dem § 868 entsprechendes Verhältnis die Grundlage des Besitzes ist, sondern die auftraglose Geschäftsführung, die eine Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitze keineswegs notwendig in sich schließt. Vergl. auch oben S. 362 ff.

3) Die mittelalterlichen Rechtsquellen machten bekanntlich zwischen verlorenen und gestohlenen Sachen vielfach überhaupt keinen Unterschied. Vergl. Hopmann, Der Eigentumserwerb an der gefundenen Sache nach deutschen Rechtsquellen, Heidelb. Diss. 1905, S. 12, 41 f. und die Literatur daselbst.

4) Mothes, Die Beschlagnahme, Leipz. Diss. 1903, S. 98 spricht dem Verletzten in den Fällen mittelbaren Besitz zu, „in denen es zur Herausgabe der Sachen an den Verletzten kommt". Dies dürfte jedoch willkürlich und unrichtig sein. Vergl. auch meine Diss. 65 Anm. 5.

VI.

Zur Auslegung der §§ 1163, 1190 BGB.

Gehört die zur Zeit der Konkurseröffnung nicht durch Forderungen gedeckte Höchsthypothek am Kridargrundstück zur Konkursmasse?

Von Dr. jur. **Leo Ahsbahs**, Gerichtsassessor in Pinneberg.

Es handelt sich um die materielle Höchsthypothek, entsprechend der gewöhnlichen Hypothek des § 1113 Abs. 2 des BGB. („für eine künftige Forderung"), nicht um eine bloß formelle Höchsthypothek, wenn sich die eine collatio in praesens vel praeteritum enthaltenden Fälle — materiell Erscheinungsformen der gewöhnlichen Hypothek — überhaupt dem § 1190 unterordnen lassen.

Von entscheidender Bedeutung für die Beantwortung obiger Frage ist, welcher Theorie der Höchstbetragshypothek man sich anschließt. Drei Grundansichten lassen sich unterscheiden:

I. Die Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek: auch die noch nicht valutierte Hypothek ist von Anfang an eine Vermögenspost des Gläubigers[1]).

II. Die Theorie der hypothekarischen Anwartschaft: bis zur Valutierung liegt nur eine in der Entwickelung begriffene Hypothek vor.

---

1) Kürzere Bezeichnung desjenigen, dem die Maximalhypothek bestellt ist.

III. Die Theorie der ursprünglichen Eigentümerhypothek: von Anfang an steht bis zur Valutierung dem Eigentümer ein selbständiges Recht hinsichtlich der fraglichen Post zu, und zwar ist dies — je nach der Auffassung von der rechtlichen Natur der Eigentümerhypothek —

a) das bloß formale Recht zur Schaffung einer Hypothek an der fraglichen Stelle;

b) eine wirkliche Hypothek.

Neuerwerb des Gemeinschuldners ist mit gutem Grund nach unserem jetzigen deutschen Recht gantfrei, entgegen dem einhelligen Prinzip der ausländischen Rechte. Es fragt sich nach deutschem Recht: Ist die mit der definitiven Beendigung des der Höchsthypothek zu Grunde liegenden Kreditverhältnisses in Höhe des nicht valutierten Betrages nach § 1163 BGB. bestehende Eigentümerhypothek eine dem Kridar bereits bei der Konkurseröffnung zustehende Vermögenspost oder ist sie rechtlich als Neuerwerb anzusehen?

Wir werden finden, daß die bei weitem herrschende Theorie der Maximalhypothek den oben unterschiedenen Kategorien I oder II unterzuordnen ist. Als notwendige Folge der herrschenden Auffassung wird sich aber die Beantwortung der gestellten Frage im Sinne der zweiten Alternative, also die Bejahung der Neuerwerbsqualität der Eigentümerhypothek ergeben.

Noch flüssige Maximalhypotheken würden also stets den Konkursgläubigern entzogen sein.

Diesem unbilligen Resultat zu entgehen, dürfte ein Hauptargument sein für die im Gegensatz zur herrschenden Ansicht von uns zu vertretende, unter Kategorie III und zwar sub b angedeutete Theorie. Eine wissenschaftliche Behandlung der gestellten Frage erfordert ein Eingehen auf die Grundfragen des Hypothekenrechts.

I. a) Die Theorie der sofortigen Gläubigerhypothek.

Der Wortlaut des Gesetzes legt die Annahme nahe, daß der Gläubiger sofort mit der Bestellung eine Hypothek erhält. Die Bestellung der Hypothek wird in § 1113 Abs. 1 des BGB. charakterisiert als die Belastung eines Grundstücks zu Gunsten eines anderen.

Das wäre die Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek. Sie hat sich schon früher, namentlich bei handelsrechtlichen Autoren, eine verbreitete Geltung verschafft. Die Anschauungen des modernen Handelskreditverkehrs scheinen sie zu stützen. Man denke an die mit einer Hypothekbestellung verbundene kaufmännische Krediteröffnung. Es liegt nahe zu argumentieren: Die Kreditgewährung und die Bestellung der Hypothek erfolgt Zug um Zug; als entsprechende Gegenleistung für den gewährten Kredit geht mit der Hypothek sofort ein dinglicher Vermögenswert in die Hand des Kreditgebers über. Aehnliche Ausführungen über die Kredithypothek macht insbesondere W. Endemann[1]). Um sich mit der Theorie von der accessorischen Natur des Pfandrechts abzufinden, sagt er: Der Kreditnehmer sei mit dem Kreditvertrage schon allein deswegen, weil er Kredit genommen habe, wirklicher Schuldner des Kreditgebers geworden. An Endemann schließt sich Grünhut[2]) an; er charakterisiert[3]) einmal seine Ansicht vom Kreditvertrage anschaulich dahin: von dem dem anderen Teil zur Verfügung gestellten Vermögenswert könne man sagen: res abiit in creditum.

Aus den römischen Quellen begründet insbesondere Dern-

1) In ZHR. 4, 211.

2) In seiner Zeitschr. 8 bes. S. 497, 532.

3) Daselbst 495 Note 66.

burg[1]) die Theorie des sofortigen Pfandrechts für eine künftige Forderung. Auch Windscheid[2]), der sich prinzipiell zu ihren Gegnern zählt, macht den „armen Kredithypotheken, die schon so lange nach einer theoretischen Rechtfertigung ihres Altersvorzuges suchen“, eine erhebliche Konzession[3]).

Die Rechtsprechung verschloß sich jener Theorie nicht; sie griff zu ihrer Rechtfertigung ebenfalls zu dem bedenklichen Mittel, in dem rein wirtschaftlichen Begriff des Kredites ein Rechtsverhältnis, eine bereits bestehende Schuld[4]), speziell ein Darlehn[5]) zu erblicken.

Die Literatur zum BGB. drückt sich meines Erachtens oft unklar aus. Es wird meistens betont, daß mit der Bestellung nicht eine durch die Entstehung der Forderung bedingte, sondern eine unbedingte Hypothek entsteht. Dann muß man aber konsequent diese Hypothek entweder in der Person des Gläubigers oder in der des Eigentümers entstehen lassen. Keins von beiden anzunehmen, erscheint mir unlogisch. Gleichwohl tut dies insbesondere das Reichsgericht in der Entscheidung vom 6. Nov. 1901[6]), in der es sagt: Das Grundstück werde mit der Maximalhypothek sogleich durch die Eintragung zum vollen eingetragenen Höchstbetrage unbedingt belastet, es bleibe jedoch, weil die Feststellung der Forderung vorbehalten werde, unbestimmt, wem die Maximalhypothek zustehe.

---

1) Pfandrecht 1 S. 518 ff., 527, 535, wenn auch nicht ohne Widersprüche.

2) Lehrb. d. Pand.⁸ 1900 (von Kipp) 1 § 242, bes. Anm. Nr. 3.

3) Es ist auch auf Wolff, Absonderungsrecht 74 zu verweisen.

4) So SeuffA. 27 Nr. 11. Diese Ansicht dürfte auch Eck, Vorträge 2, 317 zu Grunde liegen: „Der Grundanspruch aus dem Kreditverhältnis verbleibt dem Gläubiger“. Die Erl. 3 von Leonhard legt Eck allerdings anders aus.

5) SeuffA. 13 Nr. 113.

6) Entsch. 49, 165; auch RG. 21. Juni 1902, Entsch. 52, 61.

Dasselbe soll wohl mit der Entscheidung vom 19. März 1902[1]) gesagt sein: Bis zur definitiven Entscheidung über den Bestand der zu sichernden Forderung bleibe die Hypothek das, als was sie im Grundbuch eingetragen sei. Man kann jedoch diesen Passus, besonders in seinem Zusatz „eine zu einem Höchstbetrage eingetragene Sicherungshypothek für einen bestimmten Gläubiger" auch als Ausdruck der Theorie der sofortigen Gläubigerhypothek betrachten, um so mehr, als in den vorangehenden Ausführungen die Theorie der sofortigen Eigentümerhypothek abgelehnt wird. Konsequent durchgeführt hat das Reichsgericht diese Ansicht jedoch nicht, insbesondere nicht, wenn es mit der Beendigung des Kreditverhältnisses die „Eigentümerhypothek" in Höhe des nicht valutierten Teiles der Maximalhypothek dem Eigentümer zur Zeit der Bestellung zufallen läßt, so vor allem in der Entscheidung vom 15. Juni 1903[2]). Zu beachten dürfte auch sein, daß dort von der Feststellung des „Nichtentstandenseins" der Hypothek, d. h. der Gläubigerhypothek gesprochen wird. Es liegt kein Anhalt vor, mit Kretschmar[3]) einen Schreibfehler („Hypothek" statt „Forderung") anzunehmen. Das Reichsgericht scheint tatsächlich der erst im nächsten Abschnitt zu behandelnden Theorie der hypothekarischen Anwartschaft zu huldigen. Eine sofortige Gläubigerhypothek nimmt namentlich Cohn[4]) mit klaren Worten an und unter konsequenter Durchführung dieses Gedankens. Auch aus Dernburg, Sachenrecht[5]) möchte ich ihn herauslesen,

1) Entsch. 51, 117.

2) Entsch. 55, 220; CBlFG. von 1904 S. 111 ff., hier auch die anschließende Polemik zwischen Kretschmar und Jaeckel S. 198 ff., 203 ff., 279 ff.

3) a. a. O. (CBlFG. 197 oben).

4) Kautionshypothek bes. 28.

5) [2] 672 § 243 Ziff. 8 Abs. 2.

wenn dort gesagt wird, auch die Höchsthypothek könne sich in eine Eigentümerhypothek umwandeln. Eine „Umwandlung" setzt eine frühere Existenz der Hypothek voraus, und zwar, wäre nach Dernburg zu folgern, in der Hand des Gläubigers. Das entspricht auch Dernburgs Pandektenlehre. Das gleiche muß von Neumann[1]) gelten, wenn er sagt: In Höhe des Bestandes der Forderung zur Zeit der endgültigen Feststellung ist die Hypothek bei dem Gläubiger verblieben.

In einigen zur Veröffentlichung gelangten Entscheidungen hat die Rechtsprechung unumwunden die Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek zu Grunde gelegt. Das Oberlandesgericht Celle[2]) sagt unter Bezugnahme auf Enneccerus-Lehmann, daß die Maximalhypothek für den Gläubiger sofort mit der Eintragung zur Entstehung gelangt. Das Oberlandesgericht Dresden spricht besonders in der Entscheidung vom 5. Dez. 1902[3]) aus: Die Höchsthypothek sei nicht zuzunächst Eigentümerhypothek, was sie vielmehr nur werden könne, wenn sich entscheide, daß und zu welchem Betrage die Forderung hinter dem eingetragenen Höchstbetrage zurückgeblieben sei. Bis dahin stehe sie dem eingetragenen Gläubiger zu, auch, wenn zeitweilig keine durch die Hypothek zu sichernden Forderungen vorhanden seien.

Juristisch rechtfertigen läßt sich die hier behandelte Theorie, wie besonders Dernburg gezeigt hat, selbst vom Standpunkte des römischen Pfandrechtsbegriffes aus. Auch die Kategorie der deutschrechtlichen Haftung im Sinne der neueren

1) Handbuch[2] (1900) Note 4 Abs. 1 am Ende zu § 1190. Die hier behandelte Theorie vertritt auch Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht 1, 761 Ziff. 6 zu § 1190.

2) 4. Nov. 1901, Rechtspr. der OLG. S. 74.

3) Lobes Centralblatt 3, 466 f.

germanistischen Forschung könnte[1]) jener Theorie als rechtsphilosophische Stütze dienen. Die „Haftung“, das Einstehenmüssen, kann ebensogut ohne „Schuld“ bestehen, wie die Schuld ohne Haftung[2])! In unserem Falle hätten wir eine Sachhaftung ohne Schuld[3]), ein Begriff, der zur Erklärung der Eigentümerhypothek bereits benutzt worden ist: Der deutsche Pfandrechtsbegriff ist erfüllt. Besonders klar macht man sich das, wenn man ans Gewette denkt, in den nordischen Quellen auch als panter (= das Pfand) bezeichnet; hier wird eine Sache eingesetzt, ohne daß eine Schuld bereits besteht.

Die „accessorische Natur“ der Hypothek wäre dann allerdings keine rechtliche Eigenschaft, kein Begriffselement derselben, sondern bezeichnete ihre wirtschaftliche Bedeutung. Dieser Gedanke ist bei Exner weiter ausgeführt[4]).

Es ist noch hervorzuheben, daß auch die französische Jurisprudenz die Kredithypothek nicht erst mit dem Erwerbe von Forderungen entstehen, sondern bezeichnenderweise das Datum der Inskription maßgebend sein läßt[5]). Der einzutragende Geldanschlag der zukünftigen Forderung ersetzt die gegenwärtige Forderung[6]). Daß der Höchstbetrag den Schätzungswert der Forderung bedeutet — valeur estimative[7]) — ist besonders geeignet, die Theorie der ursprünglichen Hypothek des Gläubigers zu stützen. Wenn die Inskription über das Datum

1) Damit soll jedoch der Haftungsbegriff noch nicht gebilligt sein.

2) v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht I § 7.

3) Puntschart, Grundschuldbegriff, bes. S. 62 ff., 64 Note 2 u. 3.

4) Das österr. Hypothekenrecht, bes. 42 ff. Das würde allerdings konsequent zur rechtlichen Grundschuld führen. Vergl. auch Bruck, Eigentümerhypothek 144 ff. zur „selbständigen Hypothek“ des sächsischen Rechts. Sohm bei Grünhut 5 bes. S. 4 ff.

5) Zachariä, Handbuch[5] 2, 117 Note 30; Windscheid im ArchCivPrax. 35, 64 ff.

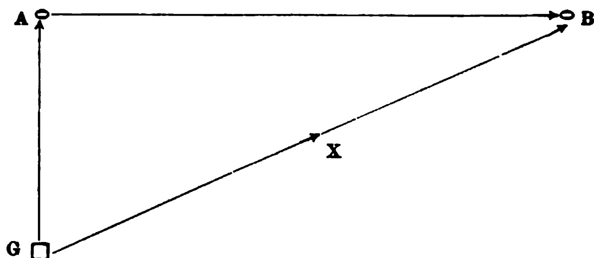
6) Zachariä, a. a. O. 118 oben.

7) Code civil art. 2132.

der Hypothek entscheidet, so zeigt das, gerade weil jene im französischen Recht nicht der Entstehungsakt ist, um so mehr, welche Bedeutung für die moderne Hypothek die äußerliche Buchung hat[1]).

I. b) Die Theorie der bloßen hypothekarischen Anwartschaft.

Zur gleichen Konsequenz, wie später noch näher zu erörtern ist, führt für unseren Fall die an zweiter Stelle zu erörternde Theorie der hypothekarischen Anwartschaft. Mit dieser Bezeichnung soll gesagt sein, daß der Bestellungsakt noch keine festen Rechte schafft, weder in der Hand des Gläubigers, noch in der des Eigentümers. Zur klaren Scheidung dieser Gruppe von den anderen beiden Gruppen, zugleich zur Charakterisierung der drei Gruppen, in die vielleicht die Literatur zur Höchsthypothek einzuteilen ist, diene folgende graphische Darstellung, in der G das Grundstück, A den Grundstückseigentümer und B den Gläubiger bezeichnet.



Nach der Theorie der ursprünglichen Gläubigerhypothek — Gruppe I — wäre mit der Bestellung sofort die gerade Linie G—B zurückgelegt. Nach der jetzt zu behandelnden Theorie — Gruppe II — bleibt man auf halbem Wege bei

1) Preuß. EEG. §§ 34, 17 bei Achilles 85; Wolff, Absonderungsrecht 72 ff. unten; anders Kind, a. a. O. 87 zum sächsischen Recht.

X stehen. Die dritte Theorie mit ihren beiden Unterarten — Gruppe III — läßt die Entwickelung der Maximalhypothek den Weg G A B gehen; die Strecke G A wird sofort zurückgelegt.

Die hier zu betrachtende Theorie der II. Gruppe hat durch Jhering ihre wissenschaftliche Begründung gefunden in dem Aufsatz „Passive Wirkungen der Rechte“ 1). Für uns kommen vor allem die Seiten 482 ff. daselbst in Betracht. Als praktisches Ziel für seine rechtliche Konstruktion leuchtet ihm vor (S. 484 Abs. 2), das Interesse des Pfandnehmers zu wahren, daß es dem Verpfänder rechtlich unmöglich gemacht werde, die demnächstige Entstehung des Pfandrechts durch anderweitige Pfandbestellung oder Verkauf der Sache zu gefährden. Das Mittel, zu diesem Ziel zu gelangen, ist ihm der Begriff der passiven Gebundenheit der Sache. „Es ist der Rechtsschutz des nasciturus, angewandt auf das Pfandrecht.“

Daß hier bereits ein Recht bestände, wenn auch anderer Art als ein Pfandrecht, daran denkt Jhering um so weniger, als er selbst bei der Eigentümerhypothek die Annahme eines Rechts direkt zurückweist 2). Nur der Keim eines Rechts ist gelegt. Deshalb dürfte es nicht richtig sein, Bekkers Theorie von dem objektiven Bestande des Rechts 3) mit Jherings Theorie auf eine Stufe zu stellen, wie dies Bruck 4) tut. Gewiß, ein subjektloses subjektives Recht ist eine contradictio in adiecto. Aber einerseits dürfte es nicht richtig sein, wenn Bruck im vorliegenden Falle Jhering die Annahme eines subjektlosen Rechts unterstellt. Andererseits trifft Bruck meines

1) In seinen Jahrb. 10, 387 ff.

2) a. a. O. 491 Abs. 4.

3) „Allerlei von den dinglichen Rechten, insbesondere von den Rechten an eigener Sache“ in der ZVerglR. 2 bes. S. 45 f.

4) Eigentümerhypothek S. 107 f., 122.

Erachtens auch nicht den Kern der Bekkerschen Ausführung, wenn er ihm den Satz von der Unhaltbarkeit des subjektlosen Rechts entgegenhält. Bekker erklärt doch „das Dasein zweier derselben Person zuständiger dinglicher Rechte von gleichem Inhalte an derselben Sache“ für zulässig, um so mehr, muß man aus dem Gedankengange seiner Abhandlung ergänzen, wenn, wie hier, das begrenzte dingliche Recht das Eigentum an Intensität übertrifft[1]).

„Warum sollte ich“, ruft Bekker aus, „die Befugnis zu einer gewissen Behandlung einer Sache nicht aus einem und zugleich aus einem anderen Grunde haben können?“ Deshalb ist es, so fährt Bekker dem Sinne nach in Abschnitt X fort, nichts Unlogisches, unter anderem das Pfandrecht an eigener Sache anzuerkennen.

Die Iheringsche Theorie wurde namentlich von Regelsberger, der auch vorher schon ähnliche Gedanken ausgesprochen hatte[2]), gebilligt[3]). Er sagt[4]) von der früheren bayerischen Sicherungshypothek, die unserer Höchsthypothek entspricht: „Die Eintragung legt nur den Keim zur künftigen Entstehung eines Hypothekenrechts. Diese Wirkung läßt sich als dingliche Gebundenheit der verpfändeten Sache bezeichnen.“

Für die Höchsthypothek des BGB. ist dieser Gedanke von Staudinger-Kober[5]) verwertet worden. Kober läßt das

---

1) Das gilt auch jetzt noch trotz des § 1197 BGB. Das gleiche Prinzip liegt dem § 1256 Abs. 2 des BGB. zu Grunde, ebenso dem § 1063 Abs. 2.

2) Zur Lehre vom Altersvorzug des Pfandrechts bes. S. 20.

3) Studien 16; BayHypR. 188 f.

4) BayHypR. 189 oben.

5) Komm. z. BGB.[2] Note 2b zu § 1190. — Andere Schriftsteller wie Hachenburg, z. B. Beiträge 22 und Boehm, Reichsgrundbuchrecht 238 ff., die den Iheringschen Gedanken zur Konstruktion der Eigentümerhypothek benutzen, erwähnen ihn bei der Maximalhypothek nicht.

Hypothekenrecht jeweils mit der Forderung entstehen, fügt aber hinzu: „Die Eintragung für sich muß bereits eine dingliche Gebundenheit des Grundstücks bewirken.“ Es wird dabei ausdrücklich auf Regelsberger verwiesen.

Als Vertreter der herrschenden Theorie sei auch Windscheid hier nochmals aufgeführt [1]), der den Kredithypothekar einen bedingten Gläubiger nennt.

Das Reichsgericht bezeichnet wiederholt [2]) die preußische Kautionshypothek als bedingte Hypothek; wenn dies im Gegensatz zum Reichsrecht hervorgehoben wird, so kann der Gegensatz des jetzigen Rechts nur in der „unbedingten Belastung“ des Grundstücks gefunden werden. Aber die Schlußfolgerung, daß diese Belastung doch auch einen Rechtsträger haben müsse, wird, wie schon angedeutet, doch nicht gezogen.

Endlich müssen in unsere Gruppe II sämtliche Autoren gestellt werden, die ein ursprüngliches Recht weder in der Hand des Gläubigers noch in der des Eigentümers annehmen. Die Aufzählung der einzelnen literarischen Aeußerungen, die in diesem Sinne verstanden werden mögen, dürfte nicht erforderlich sein; es sei nur zitiert Kohler in Holtzend. Enzykl. [6] 1, 619: „eine feste hypothekarische Beziehung tritt erst bei Beendigung des Kontokorrentverhältnisses ein“.

II. Kritik der herrschenden Theorie der Maximalhypothek.

Insbesondere aus der preußisch-rechtlichen Literatur tritt uns der oft nachgesprochene Satz entgegen: man müsse scharf unterscheiden zwischen einer bedingt bestellten Hypothek und einer unbedingt bestellten Hypothek für eine noch ungewisse Forderung. Doch irgend welche Folgerungen dieser angeblichen

1) Bes. ArchCivPrax. 35, 75.

2) z. B. 52, 61; 49, 164.

Unterscheidung werden nicht gezogen; also darf man an ihrer Berechtigung nach der herrschenden Theorie wohl zweifeln. Die Rechtsstellung des Hypothekars ist auch tatsächlich bei beiden Arten der Hypothekbestellung genau die gleiche. Im zweiten Falle ist eben die Entstehung der zu deckenden Forderung die selbstverständliche Bedingung seines Rechts. In dem Bestellungsakte braucht das nicht hervorgetreten zu sein. Das ist gesetzliches Erfordernis. Also, könnte man schließen, liegt doch keine Bedingung im Rechtssinne vor. Dies wäre jedoch ein Fehlschluß. Nicht der gesamte Rechtsinhalt eines Parteiaktes braucht bei der Parteierklärung zum Ausdruck zu kommen oder mit anderen Worten: auch lediglich gesetzliche Folgen einer Willenserklärung können als auf letzterer beruhend anzusehen sein. So beruht der Ersatzanspruch wegen nicht erfüllten Vertrages auf gesetzlicher Bestimmung und ist gleichwohl ein Anspruch aus dem Vertrage. Diese vis attractiva des Parteiaktes gegenüber den nahe liegenden Rechtssätzen ist eine eigentümliche, theoretisch noch nicht hinreichend gewürdigte Rechtserscheinung, die auch für unsere Frage in Betracht kommt. Die französische Jurisprudenz konnte Anstoß nehmen an art. 1174 des Code civil:

> Toute obligation est nulle, lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.

Dies Bedenken besteht für den deutschen Juristen nicht. Eine Potestativbedingung liegt vor; zur Valutierung der Hypothek gehört ein neuer Willensakt des Hypothekars. Aber die Bedingung ist andererseits nicht in den reinen Willen des Gläubigers oder des Schuldners gestellt; ein neues Zusammenhandeln beider ist vielmehr erforderlich. Unser Fall wird also nicht von der Auffassung berührt, daß die Bedingung si voluero

nur für das pactum displicentiae, den Kauf auf Probe (§ 495 des BGB.) zulässig sei.

Wo die Grenzen der Möglichkeit einer so unvermittelten Heranziehung von Rechtssätzen zu der Parteierklärung liegen, ergibt sich ebenfalls klar aus unserem Falle der Maximalhypothek, und zwar, wenn man nunmehr auf die Passivseite derselben blickt.

Es besteht Streit darüber, ob die „eventuelle Eigentümerhypothek" gepfändet werden kann. Für die Generalexekution des Konkurses hat das Gleiche zu gelten.

Die Pfändbarkeit derselben wird großenteils, namentlich in der Rechtsprechung, angenommen, so besonders vom Oberlandesgericht Jena[1]), während das Landgericht sie verneint hatte. Auch das Oberlandesgericht Dresden[2]) hat eine derartige Pfändung für zulässig erklärt. Den gleichen Standpunkt nimmt das Kammergericht in dem für unsere Materie wichtigen Beschluß vom 16. Febr. 1905 ein[3]). Ebenso erklärt das Reichsgericht sich zustimmend[4]).

Verneint wird die Möglichkeit der Pfändung unter anderen vom Oberlandesgericht Celle in der Entscheidung vom 4. Nov. 1901[5]). Diese Entscheidung wird getadelt von Gaupp-Stein[6]) wegen der „völligen Ignorierung des bedingten Rechts des Eigentümers". In dieser Bemerkung liegt der Kernpunkt der Frage enthalten, aber zugleich eine petitio principii. Es fragt sich gerade, ob die Anwartschaft des Eigentümers auf die etwa entstehende Eigentümerhypothek ein

---

1) 31. Juli 1901, Rechtspr. d. OLG. 3, 200.

2) CBlFG. Jahrg. 4 S. 354 Nr. 372 der Uebersicht; Rechtspr. d. OLG. 7, 315, Entsch. vom 26. Febr. 1903.

3) KJA. 5, 271.

4) z. B. Entsch. 51, 116 unten und später.

5) Rechtspr. d. OLG. 4, 74.

6) 2. Bd. d. Komm. zur ZPO. ([6] u. [7]) 640 Nr. 28.

bedingtes Recht ist. Dies wird auch von anderer Seite schlechthin bejaht, gewissermaßen als selbstverständlich angesehen[1]). Die Frage ist jedoch zu verneinen. Von einem bereits bestehenden, der Pfändung zugänglichen, wenn auch nur bedingten Rechte könnte nur die Rede sein, wenn bereits die Bestellung die causa efficiens auch der Eigentümerhypothek wäre. Für die Eigentümerhypothek ist aber die Rechtslage eine ganz andere als für die Gläubigerhypothek. Letztere wird von dem Geschäftsinteresse beider an dem Bestellungsakt beteiligten Parteien getragen. Die Vorschriften über die Eigentümerhypothek dagegen sind im alleinigen Interesse des Eigentümers gegeben; der Bestellungsakt ergreift sie nicht. Durch einseitige Erklärung kann der Eigentümer nur eine Grundschuld schaffen (§ 1196 BGB.). Die Eigentümerhypothek entsteht also lediglich kraft eines zwingenden[2]) Rechtssatzes, wenn auch eine vorausgehende Hypothekbestellung die conditio sine qua non ist.

Die vorhin betrachtete herrschende Theorie der Maximalhypothek bietet uns in ihren beiden dort auseinandergehaltenen Färbungen nicht die Möglichkeit einer juristischen Verknüpfung der Entstehung der Eigentümerhypothek mit dem Bestellungsakte. Die auch in den Materialien zum BGB.[3]) vorkommende Wendung, in jeder Hypothekenbestellung sei die Bestellung der „eventuellen Eigentümerhypothek" enthalten, gibt keine hinreichende Konstruktion.

Nach der herrschenden Ansicht würde mit logischer Notwendigkeit, falls das der Höchsthypothek zu Grunde liegende

---

1) Bruck, Eigentümerhypothek 239 oben; Herold, DJZ. 4, 696; Predari 305 Zeile 11.

2) In diesem Sinne spricht Oberneck bei Gruchot 47, 336 von der „Unzulässigkeit des sachenrechtlichen Verzichts auf die Eigentümerhypothek".

3) Prot. 3, 603 oben; vergl. auch Mot. 3, 723 Abs. 3.

Kreditverhältnis erst nach der Konkurseröffnung endigt, die nunmehr kraft Gesetzes entstehende Eigentümerhypothek vom Konkursbeschlag unberührt sein. Wenn die Praxis zu dem entgegengesetzten Resultat hinneigt, so wird sie vom richtigen Rechtsgefühl geleitet. Nur müssen jene Entscheidungen auch auf eine unanfechtbare theoretische Basis gestellt werden. Und zwar dürfte daran festzuhalten sein, daß das Rechtsinstitut der Bedingung allein die Maximalhypothek nicht restlos zu erklären vermag, weil sie als Eigentümerhypothek nicht auf den Bestellungswillen zurückzuführen ist. Nicht erklärt wäre die Rechtsstellung des Eigentümers von der Begründung bis zur definitiven Fixierung der Eigentümerpost.

Die herrschende Theorie, die eine Eigentümerhypothek erst mit der Beendigung des Kreditverhältnisses als möglich anerkennt, müßte bis dahin in der Hand des Eigentümers ein rechtliches Nichts annehmen. Das erinnert, um mit Dernburg[1]) zu reden, an das „absolute Lokussystem".

Es wäre das durch die jüngste Rechtsgeschichte[2]) verworfene Prinzip, das in dem „System der festen Prioritäten" besonders in Schleswig-Holstein eine historische Rolle gespielt hat. Speziell für unseren Fall käme das System der vorbehaltenen Stellen in Betracht, das neben dem „System der offenen Pöste"[3]) jenes Prinzip zum Ausdruck brachte.

Während das letztere System erst durch „Tilgung vor der

---

1) Hypothekenrecht 290 Abs. 5.

2) Mot. 3, 736 f., von Gierke, Entwurf 1889 S. 376 f. befehdet.

3) Seestern-Pauly, Grundbuchrecht, bes. S. 272 Zeile 7 Abs. 2, Anhang und am Ende; S. 273: Die Schuld- und Pfandprotokollverordnungen der dritten Periode haben beide Systeme. Vergl. auch gutachtliche Aeußerungen RIA. 328 f. unten; Staub, Gutachten 414 Abs. 2 und später, spricht von der Theorie der „freien Stellen". Zum mecklenburgischen Recht v. Meibom, a. a. O. 265 Abs. 2.

Linie" in die Erscheinung trat, wäre, jenes Prinzip auf das neue Recht angewandt[1]), mit der Bestellung der Maximalhypothek eine „leere Hypothekenstelle" geschaffen[2]). Verfehlt erscheint ferner die Konstruktion des Kammergerichts[3]), der Eigentümer habe ein (bedingtes) persönliches Recht auf Erwerb der eventuellen Eigentümerhypothek. Die Möglichkeit eines Rechts auf einen von Gesetzes wegen eintretenden Zustand muß geleugnet werden, widerspricht auch dem Begriff der Obligation.

Die wissenschaftliche Stütze, die Regelsberger-Jhering der herrschenden Ansicht mit der „dinglichen Gebundenheit der Sache" bieten, erweist sich auch nicht als einwandsfrei. Jenes Rechtsphänomen erstreckt sich auf zu weite Gebiete, als daß hier eine eingehendere Kritik versucht werden könnte.

Jhering[4]) führt ebenso wie Regelsberger[5]) als Haupt-Quellenstelle für sich an die l. 9 pr. D. qui pot. 20, 4. — Der Mieter eines Bades hatte seinem Vermieter für die künftige Mietzinsforderung den Sklaven Eros zum Pfande bebestellt. Vor den Kalenden des Juli[6]) gab der Mieter den Eros einem Darlehnsgläubiger zum Pfande. War der den

1) Für die der Maximalhypothek im BGB. entsprechende bayerische Sicherheitshypothek zieht Regelsberger, BayHypR., 190 Note 8 diese Parallele. Der Unterschied der neuen Eintragung käme ja für das hier betrachtete Vorstadium der Hypothek nicht in Betracht.

2) § 22 des „Gesetzes über das Grundbuchwesen und die Verpfändung von Seeschiffen in der Provinz Schleswig-Holstein".

3) In der erwähnten Entsch. v. 16. Febr. 1905, RJA. 5, 272, auch 271 vorl. Abs. a. E.

4) Passive Wirkungen 485.

5) „Altersvorzug" 20.

6) Das mag der regelmäßige Fälligkeitstermin für derartige Forderungen gewesen sein, so daß Mommsens Einfügung von Juliis hinter calendis in der ersten Zeile nicht unbedingt nötig ist. Maßgebend ist, wie auch in der Entscheidung hervorgehoben wird, daß die zweite Verpfändung vor der Fälligkeit erfolgte.

Eros herausverlangende Vermieter gegen diesen Darlehnsgläubiger zu schützen? Ja! — quoniam iam tunc — zur Zeit der zweiten Verpfändung — in ea causa Eros esse coepisset ut invito locatore ius pignoris in eo solvi non posset, potiorem eius causam habendam. Hat Africanus hier wirklich den Zustand der Sache „in einer Weise geschildert, die deutlich zeigt, daß er ihn vom Pfandrecht unterscheidet?" Kaum! Heißt es doch klar: das Pfandrecht des Vermieters an dem Sklaven konnte durch die zweite Verpfändung nicht aufgelöst werden. Der Ausdruck, auf den Ihering Gewicht legt: „in ea causa" dürfte farblos sein und nichts weiter bedeuten als „in der Rechtslage". Weiter findet Ihering seine „Gebundenheit der Sache" in dem pignoris vinculum l. 39, § 5 D. de adm. tut. 26, 7 bestätigt[1]). Mitkuratoren haben sich wegen ihrer Solidarhaft gegenseitig Pfänder gegeben. Bei Beendigung des Amtes sind sie sämtlich zahlungsfähig; damit ist entschieden, daß Regreßforderungen nicht bestehen. Papinian sagt: irritam cautionem esse factam et pignoris vinculum solutum (Mommsen). Auch in dieser Stelle soll meines Erachtens nichts anderes gesagt sein als: das Pfandrecht ist aufgelöst; es bestand also bis dahin, ist die Folgerung, die noch durch das irritam cautionem gestützt wird, ein Attribut, das, wie aus der Testamentslehre bekannt, eine nachträglich eintretende Unwirksamkeit bezeichnet. Dernburg[2]) faßt diese Quellenstelle wie wir auf. Sie würde eine Analogie zu dem früher erwähnten Gewette bieten, also höchstens dafür zu verwerten sein, daß mit der Bestellung sofort ein vom Eigentum getrenntes Recht an der Sache entsteht, auch wenn noch eine Forderung fehlt.

1) Ebenso Regelsberger, BayHypR. 189, Note 6.
2) Pfandrecht 526, Note 14.

III. Die Theorie der ursprünglichen Eigentümerhypothek.

Das BGB. hat es abgelehnt, für die Anwendung der Eigentümerhypothek auf unser Rechtsinstitut besondere Bestimmungen aufzunehmen. Daß die Grundsätze des BGB. über die Eigentümerhypothek auch auf die Sicherungshypothek, insbesondere auf den Fall des § 1190, Anwendung erleiden, kann keinem Zweifel unterliegen, weil eine dem § 67 des preußischen EEG. entsprechende Bestimmung, die jene Anwendung ausschlösse, nicht aufgenommen worden ist[1]).

Den Umfang der Anwendung festzustellen, hat man der Wissenschaft überlassen[2]).

Als unzweifelhaftes Ergebnis der Anwendbarkeit des § 1163 kann zunächst konstatiert werden, daß eine Eigentümerhypothek jedenfalls dann besteht, wenn

1) nach dem Grundverhältnis keine weiteren unter die Hypothek fallenden Forderungen mehr entstehen können, und

2) die etwa entstandenen Forderungen den eingetragenen Höchstbetrag nicht erreichen; die Eigentümerhypothek lautet dann auf den Differenzbetrag.

Dieser Satz entspricht auch der allgemeinen Ansicht in Literatur und Rechtsprechung. Verwiesen sei hier nur auf Oberneck[3]) und die Praxis des Reichsgerichts[4]).

Dagegen lehnt die herrschende Ansicht es ab, schon vor der endgültigen Abrechnung das Vorhandensein einer Eigentümerhypothek als möglich zuzugestehen. Nur bei Ende-

---

1) Anders noch teilweise Entw. I, § 1128; Reatz 1, 572.

2) Prot. 3, 692 oben; bei Mugdan 3, 891 unten.

3) Reichsgrundbuchrecht 959.

4) Zuletzt Entsch. 56, 325.

mann[1]), Achilles[2]), Lange[3]), Herold[4]) und Hirsch[5]) wird die Theorie der ursprünglichen Eigentümerhypothek unumwunden vertreten. Verhüllt tritt sie auch bei Planck[6]) hervor. Planck geht in Note 4a zu § 1190 davon aus, daß die Vorschriften von der Eigentümerhypothek uneingeschränkt anzuwenden sind; ebenso Note 6 zu § 1163.

Dann formuliert er ungefähr mit den Worten des Gesetzes seine Ansicht unter Ablehnung einer Gegenansicht. Aus dieser Gegenüberstellung scheint hervorzugehen, daß Planck die Maximalhypothek dem Eigentümer zur Zeit der Bestellung „nur“ zusprechen will, wenn sie in ganzer Höhe unausgefüllt bleibt, nicht dagegen, wenn eine, sei es auch hinter dem Höchstbetrag zurückbleibende Forderung bei Beendigung des Grundverhältnisses vorhanden ist; zwar spricht Planck die Hypothek dem Eigentümer zu, „soweit“ die zu sichernde Forderung nicht zur Entstehung gelangt; soll das aber etwas anderes bedeuten als ein reines „wenn“, so dürfte nach dem Wortlaut überhaupt jeglicher Gegensatz fehlen. Planck scheint also danach unsere Theorie abzulehnen; den praktischen Unterschied der beiden von ihm gegenübergestellten Auffassungen findet er darin, daß nach der verworfenen Ansicht jede Zwischenzahlung dem fraglichen Eigentümer zu gute kommen würde, nach seiner Ansicht dagegen nicht die Wirkung des § 1163 Abs. 1 Satz 1 auslöse, sondern höchstens nach Satz 2 daselbst dem Eigentümer zur Zeit der Zahlung eine Hypothek verschaffe; jene Ansicht bedeute eine ungerechtfertigte Verschiebung der Bedeutung des

1) Einführung Bd. 2 § 131 [3] u. [4], S. 524, ebenso [3] bis [5].

2) Handausgabe [3] Ziff. 3 der einleit. Bem. zum 8. Abschn. des 3. Buches.

3) Eigentümerhypothek 48.

4) CBlFG. Bd. 4, a. a. O.

5) ArchBürgR. bes. 25, 235 ff.

6) Kommentar [1] u. [3], bes. 3, 624.

ersten Satzes jenes Paragraphen im Verhältnisse zum zweiten Satze, und zwar zu Gunsten des Hypothekbestellers und zum Nachteil des späteren Eigentümers des belasteten Grundstücks. Hier geht Planck allerdings wohl von einer anderen Unterscheidung aus. Seine eigentliche Meinung scheint mir der folgende Satz zu bieten: es sei mit der Natur der Maximalhypothek durchaus vereinbar, daß dem Hypothekbesteller die Hypothek nur bis zur Entstehung der Forderung als Eigentümergrundschuld zustehe. Planck meint, wie auch seine weitere Ausführung ergeben dürfte, im wesentlichen, daß die Entstehung der einzelnen unter die Hypothek fallenden Forderungen bereits dem Eigentümer die Hypothek in entsprechendem Betrage nimmt, nicht erst die „Feststellung" der Endforderung [1]). So wird auch seine Bemerkung 4b verständlich. Hier geht Planck davon aus, daß dem Eigentümer durch Entstehung von Einzelforderungen bereits die ganze Hypothek genommen ist, beziehungsweise, daß bei der Bestellung bereits der ganze Höchstbetrag gedeckt war, also eine formale Höchstbetragshypothek in dem eingangs festgestellten Sinne vorlag, nur vielleicht mit der Modifikation, daß das Grundverhältnis weiter dauerte. Planck kommt für diesen Fall hinsichtlich der Einzelzahlungen zu einem ganz analogen Resultate: Die Eigentümergrundschuld entsteht nicht erst im Augenblick der Feststellung des Gesamtbetrages der Forderung, sondern schon mit dem Erlöschen der Teilforderung in der Hand des derzeitigen Eigentümers, allerdings unter der „Bedingung, daß der Rest der Forderung den Höchstbetrag nicht erreicht", richtiger: um den gezahlten Betrag unter dem Höchstbetrag bleibt. Für den Fall der Weiterexistenz des Grundverhältnisses wäre das die auflösende Bedingung, daß

1) Diese Frage, die meines Erachtens aus § 1190 Abs. 4 im entgegengesetzten Sinne zu beantworten ist, sei einer späteren Untersuchung vorbehalten.

neu entstehende Forderungen die Gesamtforderung nicht über den Restbetrag der dem Gläubiger verbliebenen Hypothek hinaus steigern.

Bei seinen Ausführungen zu § 1190 geht Planck offenbar stillschweigend davon aus, daß die noch nicht valutierte Maximalhypothek zunächst dem Eigentümer zusteht. Dem entsprechen seine Ausführungen zu § 1113 in Note 5 Abs. 4, wo gesagt ist, daß die Hypothek für eine bedingte oder für eine künftige Forderung bis zur Entstehung der Forderung Eigentümergrundschuld ist; den gleichen Grundsatz spricht er in Note 3c zu § 1163 aus. An Planck schließt sich Predari[1]) an, der sich auch nicht frei von Widersprüchen hält[2]). Hirsch[3]) führt als Vertreter unserer Theorie auch Kindel an. Kindel[4]) spricht sich zwar nicht ganz deutlich aus; er dürfte aber nach dem von ihm ausgeführten Prinzip des § 1163 ebenfalls hierher zu stellen sein.

Unsere Theorie zieht nur die Konsequenz aus dem besonders auch vom Reichsgericht konstant festgehaltenen Satze, daß, falls sich das Freibleiben eines Betrages der Maximalhypothek endgültig herausgestellt, die entsprechende Eigentümerpost nicht dem Grundstückseigentümer zur Zeit jener Schlußsaldierung, sondern demjenigen zur Zeit der Bestellung der Hypothek zukommt. Besonders in der Entscheidung vom 15. Juni 1903[5]) hat das Reichsgericht diese Ansicht gerecht-

1) Grundbuchordnung, Kommentar 305 oben, auch Zeile 11.

2) a. a. O. 250, selbst noch 303 geht er nicht von diesem Prinzip aus, ähnlich Oberneck, Reichsgrundbuchrecht I, einerseits S. 656 oben, 662, andererseits 959, besond. Abs. 3 unten. Ferner Böckel, Sicherungshypothek 21: Solange eine Forderung noch nicht entstanden ist, steht die Hypothek dem Eigentümer zu. Dementsprechend fällt bei der endgültigen Entscheidung die Hypothek dem Eigentümer zu ꝛc.

3) a. a. O. 226, Note 10.

4) Festgabe für Koch, 104, b) des § 5 der Abhandl.

5) Entsch. 55, 220, auch CBlFG. 4, 111 ff.

fertigt; es wendet sich dabei vor allem gegen die Auffassung, die dem Eigentümer zur Zeit der „Feststellung" berücksichtigen will. Wenn man darunter einen von der objektiven Beendigung des Kreditverhältnisses noch verschiedenen Zeitpunkt versteht, in dem etwa jene Beendigung verlautbart wird, so dürfte der Argumentation des Reichsgerichts zuzustimmen sein; dieser gegenüber den materiellen Verhältnissen tatsächlich mehr oder weniger zufällige und willkürliche Zeitpunkt kann nicht entscheidend sein[1]). Dagegen ist von dem grundsätzlichen Standpunkte des Reichsgerichts aus, daß erst die Beendigung des Kreditverhältnisses dem § 1163 Raum gibt, die weitere Ausführung bedenklich: die Aufsuchung der festgestellten Tatsache selbst führe zunächst auf die Zeit der Begründung zurück, also auch auf den damaligen Eigentümer. Die festgestellte Tatsache ist doch vielmehr die Höhe des Schlußsaldos und damit auch die des freibleibenden Betrages der Hypothek. Es begeht hier das Reichsgericht mit der herrschenden Meinung eine Inkonsequenz, die wohl im praktischen Resultat den Verhältnissen am besten gerecht wird, die aber die herrschende Meinung zu einer Revision ihrer theoretischen Grundlage hätte veranlassen müssen. Der Theorie des Reichsgerichts dürfte gerade die von Kretzschmar[2]) vertretene, allerdings bald darauf widerrufene[3]) Ansicht entsprechen, daß der Eigentümer zur Zeit der Beendigung des Kreditverhältnisses ins Auge zu fassen ist.

Anders liegt allerdings die Sache, wenn der Interpret des Reichsgerichts, Jaeckel, in seiner Polemik gegen Kretzschmar jenes richtig dahin auslegt, daß es statt seiner Wendung auch hätte sagen können: Jede Hypothek ist vom Augenblick ihrer

---

1) Kretzschmar, CBlFG. 4, 197, Abs. 2.

2) a. a. O. 195ff.: § 1163, Abs. 1, könne nur den gegenwärtigen Eigentümer meinen (S. 196, Abs. 2 unter Bezugnahme auf Reinhard).

3) a. a. O. 356, Bemerkung zu § 50 ZwVG.

Entstehung an eine latente Eigentümerhypothek[1]). Denn dann wäre das Reichsgericht zur Theorie der ursprünglichen Eigentümerhypothek übergegangen. Daß Jaeckel den Satz der „latenten Eigentümerhypothek" vorliegend etwa in anderem Sinne[2]), nämlich auch für den Fall des Erlöschens der Forderung angewandt wissen wollte, dürfte um so weniger anzunehmen sein, als er dann den Gegensatz verlieren würde; er will doch nicht auch im Falle des Erlöschens der Forderung den „latenten" ursprünglichen Eigentümer-Hypothekar berücksichtigen.

Aber Jaeckels Auslegung des Reichsgerichts dürfte doch kaum zutreffen. Das Reichsgericht selbst spricht nirgends davon, daß bei der Maximalhypothek der Besteller sofort eine Eigentümerhypothek hat.

Unsere Theorie ist ferner die Konsequenz der Auffassung, daß die für eine zukünftige Forderung bestellte Hypothek bis zur Entstehung der Forderung Eigentümerhypothek sei[3]). Die Vertreter unserer Theorie dürften allerdings insofern zu weit gehen, als sie schon den Wortlaut des § 1163 in unserem Falle erfüllt sehen; so z. B. Predari[4]), anscheinend auch Hirsch[5]). Unseres Erachtens führt eine grammatische Interpretation des § 1163 noch nicht zur Theorie der ursprünglichen Eigentümerhypothek. Unsere Hypothek ist für eine künftige Forderung bestellt. Ob letztere „zur Entstehung ge-

---

1) a. a. O. 281, Abs. 2.

2) So z. B. Oberneck, Reichsgrundbuchrecht I, u. a. 662, Abs. 4, Zeile 6.

3) Hirsch a. a. O. 235, Abs. 2; Fischer-Schaefer 2 b a. E. zu § 50 unter Bezugnahme auf Turnau-Förster. Ob auch das RG. 51, 43, wie Hirsch ausführt, jene Ansicht vertritt, dürfte allerdings fraglich sein.

4) a. a. O. 305 oben.

5) a. a. O. 235, Abs. 1 a. E., 237 unten.

langt" oder nicht, kann sich erst in der Zukunft entscheiden. Man könnte geneigt sein, dem Umstande Bedeutung beizulegen, daß in Satz 1 des § 1163 sowohl der Konditionalsatz als auch der eingeschachtelte Relativsatz perfektivisch gehalten sind, indem man folgerte: Das „Nicht-zur-Entstehung-gelangen" der Forderung wird auf den Zeitpunkt der Hypothekbestellung bezogen. Aber, das Nichtbestehen der Forderung in jenem Zeitpunkt gehört doch zum gesetzlichen Tatbestande unseres Falles, zum Tatbestand des § 1113 Abs. 2 BGB. So dürfte man mit Herold[1]) dahin gelangen, den § 1163[1] „an erster Stelle" als für die „innerhalb der Gläubigerhypothek entstehende" Eigentümerhypothek gegeben anzusehen. Um Herold richtig zu verstehen, muß man zwischen der formellen und der materiellen Gläubigerhypothek unterscheiden; sonst läge ja in Herolds Aeußerung eine contradictio in adiecto, weil Eigentümerhypothek und Gläubigerhypothek sich gegenseitig ausschließen. Herold will also in § 1163[1] nur die hinter der formell reinen Gläubigerhypothek steckende, äußerlich nicht kenntliche Eigentümerhypothek geregelt sehen, was er durch § 1177 Abs. 1 Satz 2 bestätigt findet. § 1163[1], meint er, könne und brauche nicht angewendet werden, wenn die Doppelnatur der Hypothek aus ihrem Eintrag selbst hervorgehe. Nach Herolds Unterscheidung würde wohl bei der Maximalhypothek die zweite Alternative gegeben sein[2]). Wir hätten hier einen Fall der zweiten, im Gesetz nicht ausdrücklich geregelten Unterart der Eigentümerhypothek.

Das Institut der Eigentümerhypothek hat noch nicht so fest umschriebene Formen erhalten, daß es bedenklich wäre, über

1) a. a. O. 698 oben, bes. Zeile 7, Abs. 2, Zeile 5 unten.

2) Vergl. auch Oberneck, a. a. O. 662 Mitte. Auch Herold hat seine a. a. O. 299 über die Höchstbetragshypothek aufgestellte gegenteilige Ansicht geändert, a. a. O. 702 unten.

den Wortlaut des Gesetzes hinauszugehen und aus allgemeinen juristischen Prinzipien heraus eine weitere Kategorie der konstruktiven Eigentümerhypothek aufzustellen. Das ist das in den Materialien ja auch ausdrücklich anerkannte Recht der Wissenschaft. Zur Rechtfertigung dieses Schrittes bedarf es nicht erst des doch immer künstlich erscheinenden Mittels einer extensiven Interpretation des § 1163 oder der Konstruktion eines Analogieschlusses.

Geht doch eine kaum noch in der Minderheit befindliche Meinung[1]) so weit, durch jeden formell richtigen Hypothekeneintrag, auch wenn der dingliche Vertrag ungültig ist, eine Eigentümerhypothek entstehen zu lassen. Für diese Ansicht kann man sich namentlich auf § 1168 BGB. berufen. Der Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek schafft eine völlig analoge Rechtslage. Auch § 868 ZPO. bietet eine erhebliche Stütze. Wenn wir trotzdem diese noch weiter gehende Theorie de lege lata glauben ablehnen zu müssen, so sind dafür andere Momente bestimmend. Einmal, daß allgemein die Trennung des formellen Grundbuchrechts vom materiellen durchgeführt ist. Sodann der Widerspruch, in den sich diese Theorie zum § 50 des ZVG. setzt. Hauptsächlich dieser äußere Grund, daß jener Paragraph doch irgend eine Bedeutung haben muß, ist de lege lata entscheidend. Kindel[2]) will dort allerdings

---

1) Dernburg, Sachenrecht § 221 Ziff. 2 S. 618; Goldschmidt, ArchBürgR. 20, 29 unten f.; Fuchs a. a. O., Vorbem. 5 zu den §§ 1163—1179 S. 520 unten ff.; Oberneck bei Gruchot 47, 327; Derselbe, Grundbuchrecht I § 116 I b β S. 683 f.; Kindel, a. a. O. 102; ebenso Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs, 1899, S. 31 ff. (Planck Nr. 2 zu § 1163); endlich Willenbücher, Liegenschaftsrecht Nr. II b zu § 1163. Die Praxis entspricht der bei Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht 1, 685 zur Kritik von Dernburg ausgesprochenen Vermutung.

2) Festgabe 87 f.

die Eigentümerpost gemeint wissen; die im Sinne des BGB. eine bestehende, im Sinne des ZVG. aber eine nicht bestehende Post sei, um auf diesem Widerspruch de lege lata seine Theorie zu gründen. Dieser Erklärungsversuch dürfte jedoch wenig befriedigen. Der Kommentar von Fischer-Schaefer[1]) scheint sich in einen Widerspruch zu verwickeln, der darauf zurückzuführen ist, daß auch schon für § 50 allgemein von einem „nicht bestehenden Rechte" (wie § 51) gesprochen wird. Wenn S. 258 oben gesagt wird, die Eintragung — d. h. die formell gültige — von Hypotheken, Grund- und Rentenschulden lasse immer schon das dingliche Recht entstehen, jedenfalls als Eigentümergrundschuld — so könnte § 50 Abs. 1 nie praktische Bedeutung erlangen, da formell ungültige Eintragungen ja vom Versteigerungsrichter nicht zu berücksichtigen sind.

Die gegen die Theorie der sofortigen Eigentümerhypothek ins Feld geführten angeblichen Konsequenzen:

1) der Eigentümer könne dann sofort eine Berichtigung des Grundbuches verlangen[2]),
2) er könne durch anderweitige Verfügungen über seine Post die Rechte des Gläubigers vereiteln[3]),

beruhen auf Trugschlüssen. Ein Berichtigungsanspruch kommt deshalb nicht in Betracht, weil ja der Bucheintrag der Maximalhypothek richtig ist. Eine etwaige Verfügung des Eigentümers aber steht unter Bedingungsrecht, wenn man unserer Annahme eines bedingten Gläubigerrechts folgt; § 161 Abs. 3 des BGB. kommt wegen des Bucheintrags nicht in Betracht.

Unsere Theorie entspricht auch mehr der Verkehrsanschauung als die abgelehnten Theorien. In dubio minus! Das dürfte

1) Note 2a zu § 50 ZVG.

2) So Hecking, Maximalhypothek 83 Abs. 2.

3) So wiederholt die Praxis, unter anderen das Oberlandesgericht Celle in der schon zitierten Entscheidung vom 4. Nov. 1901.

auch von der Bestellung der Maximalhypothek zu gelten haben: am wenigsten Befugnisse büßt der Eigentümer mit der Bestellung nach unserer Theorie ein.

Um aber festzustellen, ob die fragliche Eigentümerhypothek zur Konkursmasse gehört, bedarf es einer Erörterung der rechtlichen Natur der Eigentümerhypothek, ob sie nämlich ist, entweder:

a) nur ein formelles Verfügungsrecht oder

b) ein wirkliches materielles Recht.

Auf diese zwei Grundansichten scheinen mir nach der Verschiedenheit der praktischen Konsequenzen die über die Eigentümerhypothek aufgestellten Theorien hinauszulaufen. Bei der Versteigerung eines mit einer Eigentümerhypothek belasteten Grundstücks kommt hinsichtlich des entsprechenden Teiles des Erlöses entweder der Eigentümer zum Zuge oder die nachstehenden Realgläubiger. Letzteres ist neuerdings besonders von Kindel[1]) verfochten. Man denke sich: ein Grundstück, auf dem an erster Stelle 10000 Eigentümerhypotheken ruhen, besitzt nur einen Verkaufswert von 8000, den postlozierten Gläubigern ist nach der ersteren Ansicht die Zwangsversteigerung tatsächlich unmöglich, weil das geringste Gebot nicht erreicht wird. Abgesehen von den ähnlichen auf den ersten Blick gewinnenden Ausführungen Kindels über die praktischen Konsequenzen der von ihm verworfenen Theorie des „Liquidationsrechts" spricht für Kindel:

1) der nach der herrschenden Gegenansicht bestehende Widerspruch zwischen dem ZVG. und dem BGB.[2]), wenn man nämlich aus dem Geiste der Rechtsordnung folgert, daß jede formell gültige Eintragung einer Hypothek bei fehlendem Gläubigerrecht eine Eigentümerhypothek schafft[3]);

1) Festgabe 75 ff., besonders § 3, S. 84 unten ff.

2) Kindel S. 87 f., 106.

3) Vergl. S. 397 dieser Arbeit.

2) die von Bruck [1]) allerdings als Fehlgriff bezeichnete ausdrückliche Bestimmung früherer Partikularrechte, z. B. des mecklenburgischen Rechts, daß auf die Eigentümerpost die nachstehenden Realgläubiger, nicht die persönlichen Gläubiger zum Zuge kommen [2]).

Das wäre die Verwirklichung des Gedankens, den Kindel noch jetzt zum Anhangsparagraphen 52 ALR. und zur Deklaration vom 3. April 1824 vertritt [3]): wenn es jedem persönlichen Gläubiger freistehe, die Eigentümerhypothek zu pfänden, werde dem Eigentümer der Kredit gerade abgeschnitten, der ihm nach der Idee der Eigentümerhypothek behufs Erhaltung seines Grundstücks habe gewährt werden sollen.

Man würde also dahin gelangen, die Eigentümerhypothek nur als ein formales Verfügungsrecht des Eigentümers zu betrachten. Es wäre ein „Gestaltungsrecht" im Gegensatz zum „Herrschaftsrecht" [4]), ein „Recht des rechtlichen Könnens", nicht des „rechtlichen Dürfens" [5]). Die Besonderheit des vorliegenden Gestaltungsrechts wäre, daß der Gestaltungsakt der Mitwirkung eines Dritten bedarf, nicht, was Seckel [6]) allein im Auge hat, ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, sei es mit, sei es ohne hinzutretenden Staatsakt. Es wäre Goldschmidts Theorie [7]), daß die Eigentümerhypothek nur ein dem Eigen-

---

1) a. a. O. 40 Abs. 3.

2) Bruck S. 40 unten, S. 41 oben, dazu S. 109; auch S. 53 unten für das sächsische Recht (Siegmann, a. a. O. 36, 118 f.).

3) Kindel S. 86, 85 unten. Dazu Bruck 82 ff.; v. d. Hagen, Hypothek des Eigentums, bes. 44 ff.; Galli bei Gruchot 10, 519 f.

4) Seckel, „Gestaltungsrechte" S. 208 zu Note 1, S. 210 unten ff. Auch der preußischrechtlichen Literatur war die Auffassung der Eigentümerhypothek als einer „formalen Verfügungsmacht" nicht fremd.

5) Zitelmann, vergl. auch Hellwig, z. B. Lehrbuch 1, 232 § 34.

6) Vergl. besonders seine Definition des privaten Gestaltungsrechts 210 unten.

7) ArchBürgR. 20 bes. S. 26.

tümer zur Verfügung gestellter „verwaltungstechnischer Apparat" ist, mit dem er gewisse Rechtswirkungen hervorbringen kann.

Wenn das BGB. die Konstruktion der Eigentümerhypothek „der Wissenschaft überlassen hat", so fragt sich: Hat Kindels Ansicht tatsächlich die ihr angerühmten Vorzüge vor der Theorie des Liquidationsrechts? Man möchte annehmen, daß nach Kindels Konstruktion der Eigentümerhypothek der wirtschaftliche Realkredit gesteigert wird, weil später angenommene Gläubiger schon bei der Kreditgewährung mit einem Aufrücken infolge Fortfalls der Eigentümerpost durch ihre Nichtausnutzung rechnen. Aber, muß man einwerfen, ist diese rechtliche Möglichkeit der Nichtausnutzung eine tatsächliche Wahrscheinlichkeit? Dies wird man verneinen müssen, so daß ein für die Berechnung des kreditierenden Gläubigers ins Gewicht fallender Faktor kaum vorhanden wäre. Und sollte auch ein solcher aus der vis inertiae, auf die ja die Kindelsche Theorie bauen muß, resultieren, so darf man doch wohl die Schattenseite der Unsicherheit des Grundkreditverkehrs nicht außer Acht lassen. Es wäre ein aleatorisches Element geschaffen, das die Vorzüge, die jene Theorie etwa bieten sollte, aufwiegen würde.

Es ist auch, näher betrachtet, weder Kindel noch Goldschmidt streng konsequent. Goldschmidt[1]) sagt selbst: die Funktion jenes verwaltungstechnischen Apparats sei, sichtbar zu machen, daß der in ihm enthaltene Raum nicht etwa ein juristisches vacuum, sondern mit einer aus dem Eigentum herrührenden Rechtssubstanz ausgefüllt sei. Also, muß man schließen, der dem Eigentümer verbleibende „Apparat" besteht seinem Wesen nach eben nicht nur darin, daß er dem Eigentümer ein Recht verleiht, erst „gewisse Rechtswirkungen hervorzubringen"; es sind schon materielle Wirkungen vorhanden, die

1) a. a. O. 80 unten.

man zusammenfassend nur dahin charakterisieren kann, daß die Hypothek nicht im Eigentum aufgegangen ist; letzteres ist nicht „entlastet", sondern noch „belastet".

Bei Kindel erscheint inkonsequent:

1) daß er von einem „Abtretungsrecht" spricht, trotzdem er die Existenz des abzutretenden Rechts leugnet[1]),

2) daß er die Kontroverse, ob eine Eigentümerhypothek nach Maßgabe des § 857 Abs. 6 ZPO. oder nach Abs. 1, 2 daselbst zu pfänden ist, zu Gunsten der Anwendung des § 857 Abs. 2 entscheidet[2]).

Kindels Ausführung hierzu im Text verleitet allerdings zu der Vermutung, daß er denkt, man könne den etwaigen Resterlös des Eigentümers bei der zukünftigen Versteigerung im voraus pfänden. Nach der erwähnten Fußnote aber muß man schließen, daß er das „Abtretungs- und Vorbehaltsrecht" des Eigentümers für pfändbar hält, zumal die angedeutete Auslegung des Textes zu einer unhaltbaren Annahme führen dürfte. Aus Kindels Grundauffassung der „Eigentümerhypothek" wäre aber deren Unpfändbarkeit zu folgern. Die Gestaltungsrechte sind grundsätzlich nicht selbständig übertragbar[3]). Es würde für unser formales Verfügungsrecht dasselbe gelten, was das Reichsgericht[4]) von dem Rechte des Kreditnehmers auf Gewährung des Kredits hinsichtlich seiner Pfändbarkeit ausführt: es stehe in untrennbarem Zusammenhange mit dem Abschluß von Rechtsgeschäften, durch die der Kredit gewährt werde; eine Pfändung sei daher ohne die gleichzeitige Pfändung des Rechts zu solchen Geschäfts-

1) a. a. O. § 2, S. 78 ff.

2) a. a. O. 89 Note 1.

3) Seckel, a. a. O. 220 ff., bes. die in Note 3 S. 221 zitierte Aeußerung Hellwigs.

4) 19. März 1902, Entsch. 51, 119.

abschlüssen nicht denkbar. Letzteres Recht sei aber ein Ausfluß der unübertragbaren Geschäftsfähigkeit des Kreditnehmers. Mutatis mutandis muß dies für das Gestaltungsrecht überhaupt gelten.

Aber nicht ein bloßes Gestaltungsrecht, sondern ein verselbständigtes Herrschaftsrecht ist in der Eigentümerhypothek zu erblicken. Für die juristische Konstruktion erscheint es nicht angängig, mit Bruck[1]) zu unterscheiden, ob die Eigentümerhypothek vor weiteren Hypotheken steht oder nicht, und in letzterem Falle als „deutlich erkennbar" zu betrachten, daß materiell die gleiche Rechtslage vorhanden ist, wie wenn die Eigentümerhypothek nicht bestände. Bruck nimmt den Goldschmidtschen Satz an, daß die Eigentümerpost nicht eine Be-, sondern eine Entlastung des Grundstücks bedeute. Daß aber die vorhandene Eigentümerhypothek auch materiell die Rechtslage ändert, zeigt gerade die ja nicht geleugnete Möglichkeit einer besonderen Pfändung. Die Ansicht, die in der Eigentümerhypothek nur eine formelle Hypothek sieht[2]), läuft im Grunde genommen auf die Theorie des Gestaltungsrechts hinaus. Sie muß konsequenterweise die Pfändbarkeit leugnen[3]), ebenso wie sie die Uebertragung der Eigentümerhypothek nicht als Nachfolge in ein bestehendes Recht, sondern nur als Neubegründung eines Rechts auffassen kann[4]). Willenbücher[5]) findet einen praktischen Unterschied zwischen den beiden hier gegenübergestellten Auffassungen namentlich bei der Pfändung: nach der Oberneckschen von ihm gebilligten Theorie komme § 857

1) a. a. O. bes. 134.

2) So auch die verbreitete Oberneck'sche Theorie, z. B. S. 651 des Reichsgrundbuchrechts I.

3) Dagegen Oberneck selbst a. a. O. 657.

4) Oberneck bei Gruchot 47 bes. S. 312, 313, 309; Bremer, Hypothek und Grundschuld 8.

5) Liegenschaftsrecht zu § 1163 Bem. I, 1 Abs. 1 a. E. und Abs. 3.

Abs. 2 der ZPO., nach der Theorie der „wirklichen Hypothek" dagegen § 857 Abs. 6 daselbst zur Anwendung. Aber, abgesehen von dem Umstand, daß es in der Konsequenz der Oberneckschen Auffassung liegt, die Pfändbarkeit zu verneinen, wie schon angedeutet, dürfte für die Frage der Anwendbarkeit des § 857 der ZPO. auf die Eigentümerhypothek besonders zu beachten sein, daß ursprünglich neben der Grundschuld die Eigentümerhypothek ausdrücklich erwähnt war [1]). Der Grund für die Streichung der Eigentümerhypothek ist vor allem darin zu suchen, daß der Gesetzgeber die Feststellung des Begriffes der Eigentümerhypothek der Wissenschaft und Praxis überlassen wollte, was ja auch Willenbücher an die Spitze seiner Ausführung über die Eigentümerhypothek stellt. Es liegt kein genügender Anhalt vor zu der Annahme, daß der Gesetzgeber „Grundschuld" und „Eigentümerhypothek" identifizierte [2]). Der Hinweis auf § 1177 des BGB. kann nicht genügen; die „Verwandlung" kann man nicht wörtlich nehmen, da ja in der einen Kategorie der Fälle sofort eine Grundschuld entstehen würde, etwas Verwandelbares also gar nicht vorläge. Als Sinn des § 1177 erscheint nur, daß die Vorschriften des BGB. über die „Grundschuld", d. h. die Eigentümergrundschuld, Anwendung erleiden sollen.

Bei dieser Auffassung der Eigentümerhypothek, die mit dem Gesetze vereinbar ist, würde jedenfalls eine Reihe von Grundschuldumwandlungen erspart bleiben. Dies ist um so beachtenswerter, als wohl die meisten Eigentümerhypotheken durch Uebertragung und Zugrundelegung einer neuen Forderung verwertet werden. Der Weg des § 1180 BGB. würde zum Ziele führen. Auch die Praxis neigt sich diesem Resultat

1) Entw. e. EG. zum BGB. Art. 11 § 754 Abs. 6, amtliche Ausgabe.

2) So insbesondere das Reichsgericht, Entsch. 55, 378 ff. (56, 13).

zu. Von den beiden Ansichten, die mir in der Praxis begegnet sind, scheint die sich mehr an den Buchstaben des Gesetzes haltende Ansicht, daß zunächst ein Umwandlungs- und dann ein Abtretungsvermerk nötig sei, der verkehrsfreundlicheren Ansicht, die beide grundbuchrechtlichen Tatsachen in einen Vermerk — „nach Umwandlung abgetreten" — zusammenfaßt, mehr und mehr das Feld zu räumen. Letzterer Weg ist jedenfalls ein Auskunftsmittel der Umwandlungstheorie. Der Fehler dürfte darin liegen, daß kraft Gesetzes (§ 1177 BGB.) einer vorgefaßten Hypothekentheorie zu Liebe etwas eintreten soll, was dem Parteiwillen fern lag und deshalb erst durch einen weiteren Willensakt wieder beseitigt werden müßte.

Ist unsere Ausführung richtig, so ist es eine petitio principii, unter der „Grundschuld" des § 857 Abs. 6 ZPO. die Eigentümerhypothek mitzuverstehen. Die Kontroverse, ob § 830 oder 857 ZPO. anzuwenden sei[1]), ist noch nicht damit entschieden, daß man eine „bloße Eigentümerbefugnis", keine „wirkliche Hypothek" annimmt.

Der modernen Rechtsauffassung entspricht es am meisten, bei der Eigentümerhypothek die hypothekarischen Befugnisse als verselbständigt anzusehen; vor allen Dingen ist nur bei dieser Auffassung eine „Abtretung" der Hypothek denkbar, und man befindet sich auch in Uebereinstimmung mit dem Sprach-

1) I. Für § 857 1 u. 2: insbes. Reincke Ib zu § 857; Petersen-Anger 5c zu § 857; Gaupp-Stein II, 6 zu § 857; Struckmann-Koch 6 zu § 830; Oberneck bei Gruchot 47, 339; Reichsgrundbuchrecht S. 657 u. a.; nicht richtig dürfte sein, wenn Oberneck S. 658 N. 16 auch das OLG. Jena — 31. Juli 1901 — Rechtspr. 3, 198 hierherrechnet. II. Für § 830 insbes. Seuffert 5b zu § 857; Bruck 285; Planck 5 Abs. 3 zu § 1177; OLG. Colmar 12. Jan. 1903. Rechtspr. 6, 134, überhaupt die herrschende Ansicht in der Praxis (Predari 308 unten 857[1] bei Pfändung künftiger, 830 bei Pfändung der schon entstandenen Eigentümerhypothek); Biermann N. 7 zu § 1163, N. 8 zu § 1190 u. a.

gebrauch des BGB., das von einer dem Eigentümer zustehenden Hypothek spricht. Zu dieser Auffassung gelangt man, wenn man das Grundstückspfandrecht im weiteren Sinne als ein Recht der Verwertung des Grundstücks zum Zwecke der Befriedigung wegen einer Forderung betrachtet[1]). Bleibt dieses Motiv des Dienens zur Sicherstellung einer Forderung lediglich auf wirtschaftlichem Gebiet, so haben wir die Grund- und Rentenschuld, erhält es dagegen rechtliche Erheblichkeit, so liegt die Hypothek vor. Das ist die allgemeine Auffassung. Unsere Ansicht weicht dadurch ab, daß dem auf Begründung eines accessorischen Rechts gerichteten Parteiwillen bereits eine entscheidende rechtliche Bedeutung beigelegt wird. Ist dieser Parteiwille auch zu hinreichendem Ausdruck gelangt (Eintragung, Bildung des Hypothekenbriefes), treten aber der Forderung Hinderungsgründe in den Weg, so entsteht die Eigentümerhypothek, die danach nicht die Grundlage des Hypothekenrechts ist, wie dies namentlich Lange[2]) auszuführen sucht, sondern nur die Konsequenz des Hypothekengedankens, eine gesetzliche Folgeerscheinung, falls äußere — d. h. nicht in dem gemeinsamen Parteiwillen liegende — Hindernisse ein Gläubigerrecht ausschließen. Man kann nicht das ganze Grundkreditrecht auf dem „Eigentümerpfandrecht" aufbauen, in dessen Elementen der Kredit begrifflich ausgeschlossen ist.

Bei obiger Auffassung kann man auch die Eigentümerhypothek als eine Hypothek betrachten, wenn man nämlich deren Wesen in dem ausgesonderten Wertrecht sieht, dem die Parteien die rechtliche Bestimmung beilegten, accessorisch zu sein.

1) Einerseits Dernburg, Sachenrecht § 206 ff., der auf die neugermanische Forschung fußt, andererseits Kohler bes. Substanzrecht und Wertrecht 155 ff. des ArchCivPrax. Bd. 91.

2) Eigentümerhypothek bes. S. 29. Der Satz daselbst Zeile 12 von unten „Grundschuld wie Hypothek waren vorher Eigentümerpfandrecht" — entspricht auch keinesfalls der lex lata.

Auch ein historisches Argument läßt sich für unsere Auffassung beibringen. Zeigt doch die Geschichte des deutschen Pfandrechts vielseitige Erscheinungen des Wertrechts an eigener Sache. Während die altdeutsche Immobiliarsatzung noch kein Vollstreckungspfand entsprechend der modernen Hypothek war[1]), nahm letztere aus der Satzung nach Weichbildrecht[2]) ihren Ursprung unter Anlehnung an das römische Recht. Alsbald tritt uns auch das Wertrecht an eigener Sache entgegen[3]). Die preußischen Pfandbriefe der altlandschaftlichen Kreditinstitute hatten die Hypothek des Eigentümers notwendig im Gefolge[4]). Diesen und ähnlichen Erscheinungen der deutschen Rechtsgeschichte liegt nichts ferner als die Annahme eines bloßen formalen Verfügungsrechts. Es wird vielmehr eine materielle Rechtsnachfolge angenommen, sowohl des Eigentümers, der das Wertrecht erwirbt, als auch desjenigen, der es vom Eigentümer wieder erwirbt. Nur als Fortsetzung erscheint unsere durch das Gutachten der Gesetzeskommission vom 10. Juli 1802 inaugurierte neuere Entwickelung der Eigentümerhypothek. Man hat offenbar nur an ein materielles Recht des Eigentümers gedacht. Spricht doch v. d. Hagen[5]) von ihm als von

---

1) Lex Salica 58. Der Wergeldschuldner haftet nur persönlich, eventuell mit seinem Leben („de vita sua componat“); der Grund und Boden ist dem Gläubiger nicht zugänglich. Der Schuldner büßt nur im chrene-cruda-Verfahren sein Land zu Gunsten der Sippe ein. Sohm bei Grünhut 5, 11; Geffcken, Lex Salica 1898, bes. die letzte Erläuterung zu tit. 58. Auch beim römischen Pfandrecht hat sich das Verkaufsrecht ja erst später entwickelt.

2) Sohm, a. a. O. 15 f. Jene Weichbildsatzung dürfte die „wiebelde“ der lübischen Quelle (Wiebeldsrente) sein, von der Bruck, a. a. O. 15 ausgeht.

3) Kohler, Substanzrecht und Wertrecht § 3 S. 167; Bruck, a. a. O. 19 Mitte.

4) Dernburg, Preuß. Hypothekenrecht § 4, 5c S. 28.

5) a. a. O. S. 28, 29.

einem Rechte an der „juristischen Substanz [1]) der Sache", womit er ihren Wert als Gegenstand der Hypothek bezeichnen will. Der Gedanke der Succession [2]) führt notwendig dahin, ein hypothekarisches Recht an dem eigenen Grundstück [3]) anzunehmen.

Auch das römische Recht dürfte in den wenigen Anwendungsfällen unseres für den damaligen Verkehr noch eher entbehrlichen Rechtsinstituts von dem gleichen Gedanken ausgehen. Insbesondere enthält die lex Latinus Largus [4]) nicht eine „Lösung des Rätsels der Eigentümerhypothek" [5]) im Sinne der Kindelschen Auffassung. Paulus billigt dem Eigentümerhypothekar die actio pigneraticia zu; allerdings sagt er kurz zuvor: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore [6]). Dies ist aber nur die regula iuris, der entgegen Paulus (tamen), seiner praktischen Vernunft folgend, den vorliegenden Fall entscheidet. Wäre der Satz, daß das Pfandrecht in der Hand des Eigentümers nicht fortbestehen kann, der Kern der Entscheidung des Paulus, so würde er ja mit der Gewährung der actio die Wirkung ohne die Ursache billigen. Wenn wir uns das Pfandrecht und damit auch das Eigentümerpfandrecht als ein „Wertrecht" [7]) vorstellen, so bedarf es noch einer ausdrücklichen Verwahrung gegen die noch jetzt bes. von Oberneck vertretene „Wertparzellentheorie" [8]). Nicht ein Teil des Grundstücks, sei es auch ein

1) In anderem Sinne braucht Kohler diesen Ausdruck im Gegensatz zum „Wert".

2) Dernburg, Preuß. Hypothekenrecht 290 letzter Absatz.

3) Dernburg, a. a. O. 295 Ziff. 5a.

4) l. 30 § 1 D. de exc. rei iud. 44, 2.

5) Kindel, a. a. O. 83 Note 1.

6) Zu dieser Quellenstelle vergl. namentlich Hartmann, a. a. O. S. 100 ff., 104.

7) Ebenso Predari, a. a. O. 217.

8) Nicht zu identifizieren mit dem System der „freien", „offenen"

ideeller, bildet den Gegenstand der Hypothek[1]); es ist vielmehr an dem römischen Satze festzuhalten, daß das ganze Grundstück verpfändet wird. Erst bei der Verteilung des Versteigerungserlöses kommt das concursu partes fiunt zur Geltung. Auch darf man bei „Wertrecht" weder an ein „Recht am Wert"[2]), diesem bei seiner subjektiven Natur wechselnden wirtschaftlichen Relationsbegriff[3]), noch an ein Recht auf einen Teil des im Erlös konkretisierten Wertes schlechthin denken; ausfallende Hypotheken erhalten ja nichts. Der Wertfaktor ist nur in dem Sinne in die Definition der Hypothek einzustellen, daß man sie, von ihrer accessorischen Bestimmung abgesehen, das Recht an einem Grundstück auf einen Rangteil des im Versteigerungserlös konkretisierten Grundstückswertes nennt.

Unsere an einen praktischen Fall angeknüpfte Betrachtung über die Höchsthypothek beansprucht selbstverständlich nicht, eine definitive Lösung der aufgeworfenen Fragen zu geben. Wenn es ihr nur gelungen ist, neue Gesichtspunkte hervorzuheben, so ist ihre Aufgabe vollständig erfüllt. Bei der Schwierigkeit der Materie mußte vorläufig die Weiterführung und Erprobung unserer Ergebnisse auf den angrenzenden Rechtsgebieten unterbleiben. Manche neue Probleme tauchen auf. Erinnert sei nur an das Verhältnis der Höchsthypothek zur Vormerkung einer späteren Hypothek an Stelle der Eigentümerpost. Vielleicht rechtfertigt das wirtschaftliche Bedürfnis auch hier unsere Theorie. Aber ist die Vormerkung wirklich als „Rechts-

---

oder „festen" Stellen, das begrifflich zu der im zweiten Hauptabschnitt behandelten Theoriengruppe gehört.

1) Auch nicht ein „ideeller Teil"; so Bruck 142 unten.

2) Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs 25 ff

3) Elsters Wörterbuch der Volkswirtschaft unter „Wert" von Lexis (2, 882 Abs. 2).

belastung“ [1]) anzusehen? Uebersieht diese Auffassung nicht die theoretische Bedeutung des § 1179 BGB.? Kann man das Verhältnis der Eigentümer- zur Gläubigerhypothek als „Rechtsbelastung“ bezeichnen? Es eröffnen sich weite Perspektiven.

Sind wir mit unseren Ausführungen auf der richtigen Fährte, so muß sich unsere Theorie auch gegenüber der nach Abschluß dieser Arbeit erschienenen Reichsgerichtsentscheidung vom 18. Okt. 1905 [2]) bewähren. Dieser wichtige hypothekenrechtliche Beschluß des 5. Zivilsenats bietet keinen neuen grundsätzlichen Gesichtspunkt für die Theorie der Höchsthypothek, sondern nur Hilfsgesichtspunkte zur Stützung der herrschenden Ansicht. Vom Standpunkte der herrschenden Theorie aus mag man auch die Ausführungen des Reichsgerichts im wesentlichen billigen können. Aber gerade der prinzipielle Standpunkt steht hier ja zur Frage; und da muß die Fußnote des Einsenders [2]), die doch nicht eine vereinzelte Münchener Erscheinung aus dem praktischen Rechtsleben referiert, als besonders beachtenswert hingestellt werden. Wenn durch jene Reichsgerichtsentscheidung in München allein mit einem Schlage 40 Anträge auf Pfändungseintragungen gegenstandslos geworden sind, so weist das auf ein recht starkes Schutzbedürfnis in einer dem reichsgerichtlichen Resultat entgegengesetzten Richtung hin. Es dürfte zu wünschen sein, daß nicht überall wie in München die fraglichen Anträge gegenstandslos geworden sind, damit das Reichsgericht bei einer erneuten Prüfung der Frage auch die Theorie der sofortigen Eigentümerhypothek mit in den Kreis seiner Erwägungen ziehen kann. Die herrschende Auffassung gibt dem Eigentümer in der Höchsthypothek ein zu bequemes Mittel,

---

1) Von diesem Gesichtspunkt aus nimmt Eccius, Kritik von Bruck, Eigentümerhypothek, bei Gruchot 48 (1904) S. 488 gegen das Kammergericht Stellung.

2) CBlFG. VI Heft 13 vom 1. Jan. 1906, S. 519 ff.

seinen Gläubigern nicht erreichbar, für sich Werte zu reservieren.

Wie ein roter Faden durchzieht die Reichsgerichtsentscheidung der Gedanke, „die beabsichtigte Kürze, Einfachheit und Uebersichtlichkeit der Grundbücher" zu wahren. Dem Münchener Einsender wird diese Tendenz der Verhütung von Eintragungen zum allein ausreichenden Argument für die Richtigkeit der Entscheidung des Reichsgerichts. Aber bei komplizierten Kultur- und Rechtsverhältnissen ist nicht immer das Einfachste auch das Beste. Wenn die Eintragung bedingter Hypotheken überhaupt zugelassen ist, so spricht im Gegenteil die Konsequenz für unsere Theorie. Daß nicht auch die Besitzverhältnisse im Grundbuch eingetragen werden, worauf das Reichsgericht hinzeigt, folgt daraus, daß es sich dabei nicht um Sachenrechte handelt, sondern um Persönlichkeitsrechte [1]), wenn man diesen allgemeinen, der gemeinrechtlichen Besitztheorie nicht unbekannten Ausdruck verwenden will.

Eine Verweisung auf die höchst problematische außergrundbuchliche Pfändung der vermeintlich erst zukünftigen Eigentümerpost hilft das Reichsgericht über die schweren Bedenken seines Standpunkts hinweg.

Dem angeblichen Prinzip der Einfachheit des Grundbuchs stellen wir das der Geschlossenheit, der Totalität der Grundstücksbelastungen bei bedingtem Gläubigerrecht gegenüber: daraus folgt unsere Annahme einer sofortigen Eigentümerhypothek.

---

1) Meine „Grundlinien des Notwehrrechts" 45 Anm.

VII.

Die Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft.

Von Gerichtsassessor Dr. Kuttner in Bonn.

Inhaltsübersicht.

Gibt es eine Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft? Eine Klage, die nicht die konkrete Alimentationsverbindlichkeit des unehelichen Vaters oder eine sonstige aus der unehelichen Vaterschaft entspringende Einzel-Rechtsbeziehung zum Gegenstande hat, sondern eine

Statusklage, die ganz allgemein das Grundverhältnis selbst, das „familienrechtliche Verhältnis“ 1) der unehelichen Vaterschaft zur rechtskräftigen Feststellung bringen will?

Trotzdem die Zivilprozeßordnung ausdrücklich von einem Rechtsstreit spricht, „der die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft zum Gegenstande hat“ (ZPO. § 644), wird die Zulässigkeit einer solchen Klage in der Rechtsprechung 2) wie in der Literatur 3) nicht selten geleugnet. Die eingehende Begründung, die diese Ansicht durch Natter im ArchCivPrax. 95, 123 ff. erfahren hat, gibt Veranlassung, die Frage noch einmal von Grund aus zu untersuchen.

Erster Teil: Das „Rechtsverhältnis“ der unehelichen Vaterschaft.

§ 1. Uebersicht über die Rechtswirkungen der unehelichen Vaterschaft.

1. — Abgesehen von der Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde gewährt das Prozeßrecht ein Feststellungsklagrecht bekanntlich nur in der einen Richtung,

1) So lautet der gesetzliche Ausdruck in §§ 194^{II}, 200^{2} BGB. und Art. 22^{II} EG. z. BGB.

2) So z. B. Urteil des Amtsgerichts Görlitz (ohne Datum) JW. 1902 S. 244; Beschluß des Landgerichts Dortmund vom 28. Nov. 1901 (JW. 1902 S. 61); ebenso der daselbst S. 63/64 mitgeteilte Beschluß eines Landgerichts; Beschluß des Kammergerichts vom 18. Sept. 1901 (OLGRspr. 3, 191).

3) So insbesondere Natter im ArchCivPrax. 95 (1904) S. 123—148; Ullersberger, Das Rechtsverhältnis der unehelichen Kindschaft nach BGB. und Code civil (Freiburger Dissertation 1901), S. 34; Hirsch, Die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder nach dem BGB. (1897) S. 18 unter b; R. Leonhard in Ecks Vorträgen über das BGB. (1904) 2, 514 Note 2; S. 516 Note 2 und 3; Eichbaum in der Hessischen Rechtsprechung 4 (1904) 87.

daß das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses rechtskräftig festgestellt werde (ZPO. § 256).

Unzulässig ist also — worüber man allgemein einig ist — eine Feststellungsklage, mit der nichts anderes als die Feststellung einer bloßen Tatsache oder eines bloßen Tatbestandes begehrt wird. Gegenstand der Feststellungsklage kann also einerseits nicht sein: ein einzelner, wenn auch rechtserheblicher Lebensvorgang; denn ein einzelnes Geschehnis ist kein „Verhältnis". Unzulässig ist daher eine Klage auf Feststellung des vollzogenen Beischlafs innerhalb der Konzeptionszeit des Kindes [1]).

Gegenstand der Feststellungsklage kann aber andererseits auch nicht sein: ein bloßes Lebensverhältnis, welchem die Rechtsordnung keine rechtlichen Wirkungen beigelegt hat. Ein solches Verhältnis ist ein tatsächliches, kein „Rechtsverhältnis". Unzulässig ist daher eine Klage, mit der z. B. die Feststellung begehrt würde, daß die Parteien miteinander im Konkubinat lebten oder nicht lebten.

2. — Ist nun die uneheliche Vaterschaft ein solches „Rechtsverhältnis", wie es allein zum Gegenstand eines Feststellungsprozesses gemacht werden kann? Kann von einem „Rechtsverhältnis" noch die Rede sein, obgleich nach § 1589 II BGB. ein uneheliches Kind und dessen Vater nicht als verwandt gelten?

Unter Rechtsverhältnis versteht man gemeinhin jedes Lebensverhältnis, das von der Rechtsordnung geregelt, mit einer Mehrheit von Rechtswirkungen ausgestattet, d. h. als Grundlage mehrerer bestimmter Rechtsfolgen anerkannt ist [2]).

---

1) So schon Urteil des Reichsgerichts vom 18. Okt. 1880 bei Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen (1888) S. 143, und Bähr, a. a. O. 159; Petersen-Anger, Komm. z. ZPO.[4] (1901) § 256 Bem. 9 Note 5; Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts I (1903), 381 Note 14.

2) Vergl. Windscheid-Kipp, Pand. 1[8] (1900) § 37a Note 1;

Mit welchen Rechtswirkungen ist das Verhältnis der unehelichen Vaterschaft vom BGB. ausgestattet worden?

In der Regel werden die folgenden vier aufgezählt [3]):

a) das Ehehindernis zwischen dem unehelichen Kinde und dessen Abkömmlingen einerseits und dem Vater und dessen Verwandten in gerader Linie andererseits (§ 1310III);

b) die Verpflichtung des Vaters zur Zahlung der Unterhalts- und Beerdigungskosten (§§ 1708, 1713II);

c) die Möglichkeit der späteren Legitimation durch nachfolgende Ehe (§ 1719);

d) die Möglichkeit der Legitimation durch Ehelichkeitserklärung (§ 1723).

3. — Gegen diese Aufzählung der Rechtswirkungen hat Natter [4]) einen lebhaften Angriff unternommen.

Er behauptet, daß es einen einheitlichen Begriff der unehelichen Vaterschaft im BGB. überhaupt nicht gebe.

Nach seiner Ansicht haben die Worte „uneheliche Vaterschaft" im BGB. bei jeder der soeben aufgezählten Rechtsbeziehungen jedesmal abweichende, „in sich verschiedene tatsächliche Voraussetzungen" [5]). „Mit den Worten: uneheliche Vaterschaft" — so meint Natter — „wird lediglich ein Tatbestand beschrieben, der jedesmal verschieden gestaltet ist, je nachdem auf ihn das Ehehindernis des § 1310, die Legitimation durch nachfolgende Ehe oder die Alimentenverpflichtung gestützt wird" [6]).

Regelsberger, Pand. 1 (1893) § 13 I; Hellwig, Zivilprozeßrecht 1 § 30 Note 2; Hölder im ArchCivPrax. 93, 46.

3) Vergl. z. B. Begründung des Entwurfs zur Zivilprozeßnovelle vom 20. Mai 1898 S. 185; Petersen-Anger, ZPO. zu § 644; Hellwig, Anspruch und Klagrecht (1900) S. 400 Note 4.

4) ArchCivPrax. 95, 129 ff.

5) a. a. O. 139.

6) a. a. O. 140.

Und weil Natter die tatsächlichen Voraussetzungen der „unehelichen Vaterschaft" bei jeder der genannten Rechtswirkungen verschieden gestaltet findet, spricht er der unehelichen Vaterschaft den Charakter eines „einheitlichen Rechtsverhältnisses" ab. Er bestreitet, daß sie ein „Statusverhältnis" sei, „auf das sich alle weiteren an sie geknüpften Rechtswirkungen zurückführen ließen, und mit dessen rechtskräftiger Feststellung die Grundlage für die sämtlichen Rechtswirkungen in unanfechtbarer Weise festgestellt wäre". Er bezeichnet folgeweise die uneheliche Vaterschaft lediglich als „etwas rein Tatsächliches, das sich zur Feststellung im Prozeß nicht eignet" [7]).

Es soll im folgenden zunächst untersucht werden, ob in der Tat die Rechtsbeziehungen zwischen dem unehelichen Kinde und seinem Vater sämtlich unter einander verschiedene Tatbestandsvoraussetzungen haben.

Erweist sich diese Ansicht Natters als irrig, sind also die vier soeben aufgezählten Rechtsbeziehungen in der Tat an ein und dasselbe einheitliche Verhältnis der unehelichen Vaterschaft angeknüpft, dann wird man diesem Verhältnis, da es immerhin mit mehreren verschiedenen Rechtswirkungen ausgestattet ist, den Charakter eines „Rechtsverhältnisses" füglich nicht absprechen können.

§ 2. Begriff der unehelichen Vaterschaft schlechthin. Beweisfrage.

1. — Im BGB. ist nur der Begriff des unehelichen Kindes in seinen Voraussetzungen genau umgrenzt. Freilich bloß negativ. Er ergibt sich gleichsam durch ein Subtraktionsverfahren, wenn man die Definition des „ehelichen" Kindes, wie sie in § 1591 und § 1593 aufgestellt ist, und die Definition

7) Natter, a. a. O. 140. Aehnlich Eichbaum, Heff. Rspr. 4, 87.

des „als ehelich geltenden“ Kindes aus nichtiger Ehe, wie sie in § 1699 geregelt ist, aus dem gesamten Inbegriff der Kinder überhaupt heraushebt. Alle übrigen Kinder sind im Rechtssinne unehelich geboren [1]).

Dagegen hat das BGB. den gesetzlichen Tatbestand zu normieren unterlassen, bei dessen Erfüllung jemand schlechthin als Vater des unehelichen Kindes zu betrachten ist.

Denn die Regelung, die der § 1717 gibt, gilt nur für eine besondere Gruppe von unehelichen Vätern, nämlich die unehelichen Väter „im Sinne der §§ 1708—1716“.

Und die Bestimmung des § 1720, der in dem Falle der Legitimation durch nachfolgende Ehe Platz greift, gilt ebenfalls nur für das beschränkte Anwendungsgebiet dieser Legitimationsart.

Man muß daher von diesen beiden Sonderbestimmungen der §§ 1717 und 1720 vorläufig absehen, zumal noch keineswegs feststeht, ob sie eine Begriffsbestimmung, eine Definition der unehelichen Vaterschaft, oder ob sie nur eine Beweisregelung behufs Erleichterung des Beweises für den beschränkten Bereich der betreffenden Rechtswirkungen enthalten [2]).

2. — Läßt man also jene beiden Sonderbestimmungen außer Betracht, so ist die Antwort auf die Frage, wer der Vater eines unehelichen Kindes sei, leicht erteilt: nämlich derjenige, der das Kind in Wirklichkeit physiologisch gezeugt hat, oder in der Ausdrucksweise des BGB.: derjenige, „aus dessen Beiwohnung die Mutter das Kind empfangen hat“ (BGB. § 1717 Abs. 1 a. E.; § 1720 Abs. 1 a. E.).

3. — Aber so leicht diese Begriffsbestimmung gegeben ist, so schwierig gestaltet sich naturgemäß bei der Verborgenheit und

1) So auch Dernburg, Bürg. Recht 4 (1908) § 87 I.

2) Darüber unten §§ 4 und 5.

Unkontrollierbarkeit der hier sich abspielenden Lebensvorgänge der Beweis der Zeugung — so schwierig, daß Windscheid nach dem Satze „pater semper incertus" diesen Beweis für „nahezu unmöglich" hielt und insbesondere für uneheliche Kinder den Satz aufstellte, sie könnten die Erzeugung durch einen bestimmten Mann überhaupt nicht nachweisen[3]).

Allerdings kann der Zeugungsvorgang — die Befruchtung der weiblichen Eizelle durch die männliche Samenzelle — durch einen direkten Beweis niemals gänzlich nachgewiesen werden.

Dem direkten Beweis ist nur ein Teil des Zeugungsvorganges, nämlich die Beiwohnung, die geschlechtliche Vereinigung zwischen Mann und Weib, zugänglich.

Dagegen ist der wichtigste Teil des Zeugungsvorganges, die Empfängnis gerade aus dieser Beiwohnung, günstigsten Falles nur einem indirekten Beweise zugänglich[4]).

Aber unmöglich ist dieser Beweis keineswegs[5]).

In unzähligen Fällen muß der Richter auch sonst nach seiner freien richterlichen Ueberzeugung Dinge für wahr halten, die mit unseren Sinneswerkzeugen nicht wahrnehmbar sind[6]), auf deren Vorhandensein aber doch aus gewissen Indizien mit annähernder Sicherheit geschlossen werden kann.

Es ist hier nicht anders, als auch sonst bei dem Nachweis eines Kausalzusammenhanges: das Gericht hat nach § 286 ZPO. „unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisauf-

---

3) Windscheid-Kipp, Pand. 1 § 56b.

4) So auch Motive zum BGB. 4, 868.

5) So auch Motive zum BGB. 4, 21.

6) Dies betont mit Recht Endemann, Lehrbuch des bürg. Rechts[7] (1900), Bd. 2, 2 § 194 Note 8.

nahme nach freier Ueberzeugung zu entscheiden", ob es die behauptete Vaterschaft, die physiologische Erzeugung durch den als Vater Benannten, für erwiesen annehmen will oder nicht.

Es kommt eben alles auf die Lage der Umstände im konkreten Falle an. Sie können in zahlreichen Fällen so gelagert sein, daß der Beweis der Zeugung auf Grund der freien Beweiswürdigung in einer für die Ueberzeugung des Richters völlig ausreichenden Weise erbracht wird [7]).

Man denke an den Fall, daß die Mutter unmittelbar nach der Beiwohnung in ein Krankenhaus aufgenommen oder sonst irgendwo isoliert wird, wo jeder Verkehr mit irgend einem Manne vollständig ausgeschlossen ist. Oder man denke daran, daß das Zeugnis der Mutter, insbesondere wenn sie jeden Verkehr mit einem anderen als dem angeblichen Vater in Abrede stellt, unter Umständen eine ausreichende Grundlage für die richterliche Ueberzeugung bieten kann. Z. B. dann, wenn die Persönlichkeit der Mutter unbescholten ist und einen glaubwürdigen Eindruck macht; wenn ihre Angaben durch sonstige Momente unterstützt werden, und ihre Glaubwürdigkeit insbesondere durch die nachträgliche Beeidigung gemäß § 393^{II} ZPO. erhöht wird [8]).

Genügt doch auch, wie die Motive mit Recht betonen [9]), im Strafverfahren ebenfalls sehr oft das alleinige Zeugnis der durch das Delikt verletzten oder sonst interessierten Person, um die strafbare Handlung des Angeklagten als erwiesen anzunehmen und seine Verurteilung zu rechtfertigen.

7) So auch die Motive zum BGB. 4, 869; Brettner im „Recht" 1900 S. 456.

8) Das Zeugnis der Mutter des Kindes über die Vaterschaft war schon im römischen Recht ein zulässiges Beweismittel: l. 16 und l. 29 § 1 D. de probat. 22, 3; Bähr, Anerkennung als Verpflichtungsgrund [3] (1894) S. 153 Note 15.

9) Motive zum BGB. 4, 869.

Nicht anders als auch sonst bei dem schwierigen indirekten Beweise eines Kausalzusammenhanges ist es auch hier lediglich Sache der prozessualen Beweiswürdigung im einzelnen Falle, ob die festgestellten Indizien für die richterliche Ueberzeugung ausreichend sind, damit in dem konkreten Fall als bewiesen angenommen werden kann, daß das Kind von dem benannten Vater wirklich abstamme.

Solche Indizien können außer der Feststellung des nicht stattgehabten Beischlafs mit einem Dritten beispielsweise auch Reifegrad, vererbte Rasseneigentümlichkeiten oder Mißbildungen, sogar Aehnlichkeit des Kindes [10]) ꝛc. sein.

Nicht anders als auch sonst beim Nachweis eines ursächlichen Zusammenhanges [11]) muß auch hier bei den Schranken menschlicher Erkenntnis fast immer ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit ausreichen, um den strikten Nachweis des Kausalzusammenhangs — die unumstößliche Gewißheit der Vaterschaft — zu ersetzen.

§ 3. Uneheliche Vaterschaft im Sinne des § 1310 Abs. 3 BGB.

1. — Der § 1310III bestimmt, daß ein Ehehindernis besteht „zwischen einem unehelichen Kinde einerseits und dem Vater und dessen Verwandten (in gerader Linie) andererseits".

10) Eine Beweisführung aus der Aehnlichkeit des Kindes wurde in dem vor dem Schwurgericht Berlin im November 1903 verhandelten Kwilecki-Prozeß wegen Unterschiebung eines Majoratserben unternommen. Damals ließ das Gericht durch 2 Aerzte, einen Maler und einen in der Aufnahme des anthropometrischen Signalements erfahrenen Polizeibeamten die Aehnlichkeit des damals 6 Jahre alten Kindes mit der angeklagten Gräfin Kwilecka und deren Ehemann feststellen. Schmidtmann, Handbuch der gerichtlichen Medizin (9. Aufl. des Casper-Limanschen Handbuches) Bd. 1 (1905), S. 341 Note 1 und der dort zitierte Straßmann im Archivio di Psichiatria 1904, Bd. 25 S. 109 ff.

11) Vergl. Urteil des Reichsgerichts vom 2. Okt. 1903 (JW. 1903 S. 384 Nr. 9); Rümelin im ArchCivPrax. 90, 291 f.

Wer der Vater des unehelichen Kindes im Sinne dieses Ehehindernisses ist, ist im BGB. nicht näher definiert. Die Motive (Bd. 4 S. 21) heben ausdrücklich hervor, daß man es hinsichtlich der Beweisfrage der unehelichen Vaterschaft hier „bei den allgemeinen Grundsätzen" bewenden lassen wollte und deshalb von der Aufstellung „einer besonderen Rechtsvermutung der unehelichen Vaterschaft" hier abgesehen habe.

Nach dem im vorigen Paragraphen Gesagten muß man wohl davon ausgehen, daß hier nur der wirkliche Erzeuger des Kindes in Betracht kommt, und daß demgemäß der Richter den Beweis der unehelichen Vaterschaft im Streitfalle nur dann als erbracht ansehen darf, wenn nachgewiesen wird, daß das Kind von dem als Vater Benannten physisch abstammt.

Mit welchen Beweismitteln dieser schwierige und nur indirekt zu erbringende Beweis zu führen ist, welche Wahrscheinlichkeitsindizien statt eines strikten Wahrheitsbeweises für ausreichend zu erachten sind, das alles ist, wie oben bemerkt, ausschließlich Sache der freien Beweiswürdigung nach Lage des konkreten Falles; eine lediglich prozessuale, keine materiellrechtliche Frage, die unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses der Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung zu entscheiden ist (ZPO. § 286).

2. — Die hier vertretene Ansicht, daß nur die wirkliche Vaterschaft das Ehehindernis des § 1310^III begründet, wird von Ratter bekämpft.

Nach seiner Ansicht begründet bereits die bloße noch so entfernte Möglichkeit der Vaterschaft dieses Ehehindernis. Er meint: „die materiellen Voraussetzungen des Ehehindernisses im Sinne des § 1310^III" [1]) seien für einen jeden erfüllt, der mit der Kindesmutter während der Empfängniszeit

1) ArchCivPrax. 95, 184.

irgend einmal den Beischlaf vollzogen habe [2]); mit anderen Worten: uneheliche Väter im Sinne jenes Ehehindernisses seien sämtliche Konkumbenten der Mutter, soweit sie in der Empfängniszeit ihr beigewohnt haben.

Zur Begründung dieser Ansicht operiert Ratter mit einer „Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des Ehehindernisses der durch uneheliche Vaterschaft vermittelten Verwandtschaft" [3]); er führt aus, daß eine solche Klage auf Feststellung des Nichtbestehens dieses Ehehindernisses „zweifellos dann (sachlich) abgewiesen werden müsse, wenn eine Möglichkeit des Bestehens der unehelichen Vaterschaft — d. h. die bloße Vollziehung des Beischlafs mit der Kindesmutter in der Konzeptionszeit — dargetan sei; es könne eben dann nicht das Nichtbestehen festgestellt werden" [4]); nach dem bekannten Satze, daß bei sachlich begründeter Abweisung der negativen Feststellungsklage das positive Bestehen des betreffenden Rechtsverhältnisses rechtskräftig festgestellt wird, müsse folglich umgekehrt zur Begründung der positiven Klage auf Feststellung jenes Ehehindernisses ebenfalls die bloße „Möglichkeit der Vaterschaft offenbar ausreichen" [5]).

Diese ganze Argumentation ist wertlos, weil es eine Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Ehehindernisses überhaupt nicht gibt. Die durch uneheliche Vaterschaft vermittelte Verwandtschaft bildet ein trennendes Ehehindernis (§ 1327) [6]). Es greift daher die Bestimmung des § 1329 durch, wonach die Nichtigkeit einer Ehe, solange diese

2) ArchCivPrax. 95, 132.
3) Daselbst S. 140, 133.
4) Daselbst 133.
5) Daselbst 134.
6) Vergl. die Nachweisung in JheringsJ. 47, 28 Note 5.

nicht für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden kann.

Schon durch diese Bestimmung wird die Rattersche Klage auf Feststellung des Ehehindernisses der unehelichen Verwandtschaft unmöglich gemacht; denn mit einer derartigen Klage würde sachlich nichts anderes verfolgt werden als gerade die nur durch Nichtigkeitsklage feststellbare Nichtigkeit der verbotswidrig geschlossenen Ehe.

Aber noch an einer zweiten Bestimmung scheitert die Rattersche Klage auf Feststellung des hier fraglichen Ehehindernisses, insbesondere vor Eingehung der Ehe: nämlich an der Bestimmung des § 256 ZPO., wonach nur Rechtsverhältnisse den Gegenstand eines Feststellungsstreites bilden können. Ein Ehehindernis ist aber kein Rechtsverhältnis, sondern nur eine rechtserhebliche Tatsache. Man kann nicht sagen, daß das zwischen Nupturienten bestehende Ehehindernis schon vor Eingehung der Ehe ein „Rechtsverhältnis" zwischen ihnen bilde. Ein Rechtsverhältnis wird doch gerade erst durch Eingehung der Ehe selbst zwischen ihnen begründet. Das Vorhandensein eines Ehehindernisses ist nur ein Tatbestandsmoment der nichtigen oder anfechtbaren Ehe. Sonst müßte man auch gegen die feststehende Rechtslehre und Rechtsprechung, wonach Klagen auf Feststellung des vollzogenen Beischlafs unzulässig sind, dennoch Klagen zulassen, mit denen die Feststellung begehrt wird, daß der Beklagte mit Eltern, Voreltern oder Abkömmlingen der Klägerin keinerlei Geschlechtsgemeinschaft gepflogen habe [7]) (Ehehindernis gemäß § 1310 Abs. 2 BGB.), oder man müßte eine Klage der Braut auf Feststellung des vollendeten sechzehnten Lebensjahres (BGB. § 1303) zulassen.

Auch die Tatsache, daß die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Ehehindernisses in dem

7) Siehe oben § 1 Note 1.

Abschnitt der ZPO., der vom „Verfahren in Ehesachen" handelt (§§ 606 ff.), nirgends genannt wird, obwohl in §§ 606 und 619 der Begriff der „Ehesachen" durch erschöpfende Aufzählung aller nur denkbaren auf die Ehe bezüglichen Klagen ausdrücklich definiert wird — auch diese Tatsache müßte davon abhalten, eine Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des Ehehindernisses der auf unehelicher Vaterschaft beruhenden Verwandtschaft zu konstruieren und sie als Beweis dafür zu verwerten, daß es eine Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft in dieser Allgemeinheit nicht gebe.

3. — Noch weniger haltbar aber als diese Beweisführung ist es, wenn Natter sich durch die Rücksicht auf „das öffentliche Interesse an der Gesundheit und Reinheit der Familienbeziehungen" zu seiner Annahme führen läßt, daß nicht erst der Beweis des wirklichen Bestandes der unehelichen Vaterschaft, sondern schon die bloße Möglichkeit dieser Vaterschaft das Ehehindernis des § 1310 Abs. 3 begründe[8]). Angesichts der trennenden Natur dieses Ehehindernisses hält Natter es für „nicht denkbar, daß, wo an die durch uneheliche Vaterschaft vermittelte Verwandtschaft so tiefgreifende Folgen angeknüpft werden, bei Ungewißheit der Existenz dieses Verwandtschaftsverhältnisses eine Ehe auf die Gefahr hin, daß es besteht, geschlossen werden dürfte, weil ein Beweis seines Bestehens nicht geführt werden kann"[9]). Hier ist es Natter vollkommen entgangen, daß das BGB. — abweichend von dem früheren Personenstandsgesetz und von dem I. Entwurf zum BGB.[10]) — allerdings eine Ehe zwischen solchen Personen verpönt, bei denen nur die Möglichkeit einer durch uneheliche Vaterschaft vermittelten Verwandtschaft besteht.

8) a. a. O. S. 132, 133.

9) a. a. O. 133.

10) Entwurf I des BGB. § 1236; Motive zum BGB. 4 S. 21, 22.

Dieses Eheverbot ist aber nicht — wie Ratter meint — in dem trennenden Ehehindernis des § 1310 Abs. 3 enthalten, sondern in dem von Ratter ganz außer acht gelassenen Ehehindernis der „affinitas illegitima“ des § 1310 Abs. 2 BGB.

Dieses Ehehindernis, das erst von der II. Kommission in das BGB. eingeführt worden ist, will gerade den Fall treffen, welchen Ratter durch seine verkehrte Auslegung des § 1310 Abs. 3 zu decken vermeint. § 1310 Abs. 2 lautet nämlich:

„Eine Ehe darf nicht geschlossen werden zwischen Personen, von denen die eine mit Eltern, Voreltern oder Abkömmlingen der anderen Geschlechtsgemeinschaft gepflogen hat.“

Hier haben wir deutlich im Gesetze selbst das Eheverbot zwischen den Aszendenten und Deszendenten der Kindesmutter einerseits und allen Konkumbenten der Kindesmutter andererseits. Hier begründet nach der Ausdrucksweise Ratters „die bloße Möglichkeit der unehelichen Vaterschaft“ — d. h. der bloße Beischlaf mit der Kindesmutter während der Empfängniszeit[11]) — in der Tat ein Ehehindernis; aber nicht (wie Ratter durch seine irrige Anwendung und Auslegung des § 1310 Abs. 3 annimmt) ein trennendes Ehehindernis[12]), sondern, wie sich aus §§ 1323, 1327 klar ergibt, lediglich ein aufschiebendes[13]). Der Standesbeamte, zu dessen Kenntnis das aufschiebende Ehehindernis kommt, hat die Eheschließung abzulehnen[14]); ist die Ehe aber einmal geschlossen, so bleibt sie trotz dieses Ehehindernisses gültig.

4. — Man wende nicht ein, daß dieses aufschiebende Ehehindernis der affinitas illegitima (§ 1310 Abs. 2) lediglich dann

11) Ratter, a. a. O. 132.

12) Ratter, a. a. O. 133.

13) Vergl. die Kommentare zu BGB. §§ 1323, 1327 und Protokolle der II. Kommission S. 4912—4916 (Mugdan, Materialien 4 S. 694, 695).

14) Personenstandsgesetz § 48.

Platz greife, wenn die Geschlechtsgemeinschaft ausschließlich außerhalb der Konzeptionszeit des unehelichen Kindes stattgefunden hat, die Möglichkeit einer unehelichen Vaterschaft mithin überhaupt nicht vorliegt. Eine derartige Unterscheidung ist im Gesetzbuch nirgends zum Ausdruck gelangt, und ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere. Wie sich zum Ueberfluß aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergibt, hat man dieses Ehehindernis in erster Linie gerade mit Rücksicht auf den Fall eingeführt, in welchem die uneheliche Vaterschaft mit Gewißheit nicht nachzuweisen, immerhin aber die Möglichkeit einer solchen nicht ausgeschlossen ist, also die hier fragliche Geschlechtsgemeinschaft just in der Konzeptionszeit des Kindes stattgefunden hat.

Die Protokolle[15]) berichten, daß die Kommissionsmehrheit sich durch folgende Erwägungen zur Einführung dieses Ehehindernisses habe bestimmen lassen:

Für die Anwendung des Eheverbots, welches die Ehe zwischen dem unehelichen Kinde sowie dessen Abkömmlingen einerseits und dem Vater des Kindes sowie den Verwandten des Vaters in gerader Linie andererseits verbietet — jetzt Abs. 3 des § 1310 — sei der Nachweis der Vaterschaft erforderlich. „Dieser Nachweis sei häufig schwer zu führen, namentlich dann geradezu ausgeschlossen, wenn die Mutter des außerehelichen Kindes **innerhalb der Konzeptionszeit** noch mit einer anderen Person als dem angeblichen Erzeuger den Beischlaf vollzogen habe. Sei nun in solchem Falle die Vaterschaft ungewiß, so sei immerhin die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß das uneheliche Kind von demjenigen Manne, welcher innerhalb der kritischen Zeit mit der Mutter den Beischlaf vollzogen habe, erzeugt worden sei. Die bloße

15) Protokolle 4918 (Mugdan, Materialien 4, 694 f.).

Möglichkeit der Vaterschaft müsse den Gesetzgeber veranlassen, eine Ehe zwischen der außerehelich Geborenen bezw. deren Aszendenten oder Deszendenten einerseits und dem der Vaterschaft Verdächtigen andererseits zu untersagen." Erst nach Erörterung dieses für den Gesetzgeber in erster Reihe bestimmenden Gesichtspunktes fahren die Protokolle fort: „Es genüge indessen nicht, das Eheverbot der **affinitas illegitima** auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen der Verdacht eines außerehelichen Verwandtschaftsverhältnisses vorliege. Es verletze das Schamgefühl und die Grundsätze der Sittlichkeit überhaupt, wenn jemand eine Ehe mit einer anderen Person eingehe, obwohl er mit einem ihrer Verwandten in auf- oder absteigender Linie den Beischlaf (sc. wenn auch außerhalb der Konzeptionszeit) vollzogen habe."

Haben wir hiernach in Abs. 2 des § 1310 ein besonders geregeltes Eheverbot für den Fall des bloßen Verdachts, der bloßen Möglichkeit eines außerehelichen Verwandtschaftsverhältnisses, und ist dieses Ehehindernis im Gegensatz zu dem Fall der wirklich erwiesenen außerehelichen Verwandtschaft (Abs. 3 des § 1310) nicht mit trennender, sondern lediglich mit aufschiebender Wirkung ausgestattet, so ergibt sich die völlige Haltlosigkeit der von Natter verfochtenen Ansicht. Wir gelangen zu dem Ergebnis:

Weil die bloße Möglichkeit der durch uneheliche Vaterschaft vermittelten Verwandtschaft (Beischlaf mit der Kindesmutter während der Konzeptionszeit) lediglich ein aufschiebendes Ehehindernis bildet (§ 1310 Abs. 2), kann das trennende Ehehindernis, welches die Ehe zwischen dem unehelichen Kind und dessen Abkömmlingen einerseits und dem Vater und dessen Verwandten andererseits nichtig sein läßt, „nur beim Beweis des wirklichen Bestandes der unehelichen Vaterschaft" Platz greifen.

„Unehelicher Vater" im Sinne des Eheverbots des § 1310 Abs. 3 ist also nur derjenige, von dem nach den Regeln des Prozeßrechts erwiesen ist, daß er das uneheliche Kind wirklich erzeugt hat.

§ 4. Uneheliche Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 BGB.

1. — Wir wenden uns zur Untersuchung desjenigen Begriffs der unehelichen Vaterschaft, an den die praktisch wichtigsten Folgen, die Alimentation des Kindes (§§ 1708—1714) und der Ersatzanspruch der Mutter (Entbindungs- und Sechswochenkosten, § 1715), angeknüpft sind.

Hier enthalten die §§ 1717, 1718 BGB. eine besondere Regelung der Frage, wer „als Vater des unehelichen Kindes im Sinne der §§ 1708—1716 gilt".

§ 1717. „Als Vater des unehelichen Kindes im Sinne der §§ 1708—1716 gilt, wer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat, es sei denn, daß auch ein anderer ihr innerhalb dieser Zeit beigewohnt hat. Eine Beiwohnung bleibt jedoch außer Betracht, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Mutter das Kind aus dieser Beiwohnung empfangen hat.

Als Empfängniszeit gilt die Zeit von dem einhunderteinundachtzigsten bis zu den dreihundertundzweiten Tage vor dem Tage der Geburt, mit Einschluß sowohl des einhunderteinundachtzigsten als des dreihundertundzweiten Tages."

§ 1718. „Wer seine Vaterschaft nach der Geburt des Kindes in einer öffentlichen Urkunde anerkennt, kann sich nicht darauf berufen, daß ein anderer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt habe."

Die Untersuchung befaßt sich im folgenden zunächst nur mit dem Normalfall, daß das uneheliche Kind aus einer Bei-

wohnung empfangen ist, welche **innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit**, nämlich innerhalb des 181. bis 302. Tages vor dem Tage der Geburt, stattgefunden hat.

Nach § 1717 Abs. 1 „gilt" dann „als Vater des unehelichen Kindes im Sinne der §§ 1708—1716" derjenige, der der Mutter innerhalb dieser Empfängniszeit beigewohnt hat.

Das uneheliche Kind braucht also im Streitfalle hier **nicht** zu beweisen, daß es wirklich von dem als Vater in Anspruch Genommenen erzeugt sei, daß die Beiwohnung auch wirklich zur Befruchtung geführt habe, daß insbesondere der Reifegrad des neugeborenen Kindes mit dem Zeitpunkt des Beischlafs in Einklang stehe, daß die Mutter zur Zeit der Beiwohnung noch nicht schwanger gewesen sei, daß sie auch mit keinem anderen geschlechtlichen Umgang gepflogen habe. Vielmehr begründet der bloße Nachweis der Beiwohnung in der gesetzlichen Empfängniszeit die Wirkung, daß der in Anspruch Genommene „als Vater im Sinne der §§ 1708—1716 gilt".

Diese Wirkung kann der als Vater in Anspruch Genommene nur durch zwei (im Streitfall von ihm zu beweisende) Einwendungen entkräften:

a) durch den Einwand, daß es den Umständen nach „offenbar unmöglich" sei, daß die Mutter das Kind aus dieser Beiwohnung empfangen habe (§ 1717 Abs. 1 Satz 2);

b) durch den Einwand, daß auch ein anderer der Mutter innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit beigewohnt habe („exceptio plurium", § 1717 Abs. 1 Satz 1). Diesen letzteren Einwand kann jedoch das Kind wiederum durch die Replik ausräumen, daß es den Umständen nach „offenbar unmöglich" sei, daß die Mutter das Kind aus der Beiwohnung jenes anderen empfangen habe (§ 1717 Abs. 1 Satz 2).

Ueberblickt man diese Regelung, so ergibt sich, daß das Vorhandensein der unehelichen Vaterschaft „im Sinne der

„Unehelicher Vater" im Sinne des Eheverbots des § 1310 Abs. 3 ist also nur derjenige, von dem nach den Regeln des Prozeßrechts erwiesen ist, daß er das uneheliche Kind wirklich erzeugt hat.

§ 4. Uneheliche Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 BGB.

1. — Wir wenden uns zur Untersuchung desjenigen Begriffs der unehelichen Vaterschaft, an den die praktisch wichtigsten Folgen, die Alimentation des Kindes (§§ 1708—1714) und der Ersatzanspruch der Mutter (Entbindungs- und Sechswochenkosten, § 1715), angeknüpft sind.

Hier enthalten die §§ 1717, 1718 BGB. eine besondere Regelung der Frage, wer „als Vater des unehelichen Kindes im Sinne der §§ 1708—1716 gilt".

§ 1717. „Als Vater des unehelichen Kindes im Sinne der §§ 1708—1716 gilt, wer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat, es sei denn, daß auch ein anderer ihr innerhalb dieser Zeit beigewohnt hat. Eine Beiwohnung bleibt jedoch außer Betracht, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Mutter das Kind aus dieser Beiwohnung empfangen hat.

Als Empfängniszeit gilt die Zeit von dem einhunderteinundachtzigsten bis zu dem dreihundertundzweiten Tage vor dem Tage der Geburt, mit Einschluß sowohl des einhunderteinundachtzigsten als des dreihundertundzweiten Tages."

§ 1718. „Wer seine Vaterschaft nach der Geburt des Kindes in einer öffentlichen Urkunde anerkennt, kann sich nicht darauf berufen, daß ein anderer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt habe."

Die Untersuchung befaßt sich im folgenden zunächst nur mit dem Normalfall, daß das uneheliche Kind aus einer Bei-

wohnung empfangen ist, welche innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit, nämlich innerhalb des 181. bis 302. Tages vor dem Tage der Geburt, stattgefunden hat.

Nach § 1717 Abs. 1 „gilt" dann „als Vater des unehelichen Kindes im Sinne der §§ 1708—1716" derjenige, der der Mutter innerhalb dieser Empfängniszeit beigewohnt hat.

Das uneheliche Kind braucht also im Streitfalle hier nicht zu beweisen, daß es wirklich von dem als Vater in Anspruch Genommenen erzeugt sei, daß die Beiwohnung auch wirklich zur Befruchtung geführt habe, daß insbesondere der Reifegrad des neugeborenen Kindes mit dem Zeitpunkt des Beischlafs in Einklang stehe, daß die Mutter zur Zeit der Beiwohnung noch nicht schwanger gewesen sei, daß sie auch mit keinem anderen geschlechtlichen Umgang gepflogen habe. Vielmehr begründet der bloße Nachweis der Beiwohnung in der gesetzlichen Empfängniszeit die Wirkung, daß der in Anspruch Genommene „als Vater im Sinne der §§ 1708—1716 gilt".

Diese Wirkung kann der als Vater in Anspruch Genommene nur durch zwei (im Streitfall von ihm zu beweisende) Einwendungen entkräften:

a) durch den Einwand, daß es den Umständen nach „offenbar unmöglich" sei, daß die Mutter das Kind aus dieser Beiwohnung empfangen habe (§ 1717 Abs. 1 Satz 2);

b) durch den Einwand, daß auch ein anderer der Mutter innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit beigewohnt habe („exceptio plurium", § 1717 Abs. 1 Satz 1). Diesen letzteren Einwand kann jedoch das Kind wiederum durch die Replik ausräumen, daß es den Umständen nach „offenbar unmöglich" sei, daß die Mutter das Kind aus der Beiwohnung jenes anderen empfangen habe (§ 1717 Abs. 1 Satz 2).

Ueberblickt man diese Regelung, so ergibt sich, daß das Vorhandensein der unehelichen Vaterschaft „im Sinne der

§§ 1708—1716" — solange die exceptio plurium nicht geltend gemacht wird — immer schon dann anzunehmen ist, wenn die bloße Möglichkeit der Erzeugung dargetan wird. Das uneheliche Kind braucht nicht zu beweisen, daß die Beiwohnung, die innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit stattfand, auch zur Empfängnis geführt habe; vielmehr ist es umgekehrt Sache des Gegners, nachzuweisen, daß der Eintritt einer Empfängnis aus jener Beiwohnung „den Umständen nach offenbar unmöglich war". Und dieser Gegenbeweis ist dadurch besonders erschwert, daß die Unmöglichkeit der Empfängnis eine „offenbare" sein, d. h. über jeden Zweifel erhaben klar zu Tage liegen muß. Bei der Würdigung dieses Gegenbeweises ist — wie das Oberlandesgericht Hamburg [1]) treffend ausführt — „mit besonderer Vorsicht und Strenge zu verfahren, die Schlüssigkeit der Beweistatsachen nach einem besonders strengen Maßstabe zu prüfen, so daß jeder Zweifel an der Wahrheit der festzustellenden Tatsachen ausgeschlossen ist".

Erst wenn erwiesenermaßen der Fall vorliegt, daß außer dem als Vater in Anspruch Genommenen noch ein anderer innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit mit der Mutter konkumbiert hat, dann erst genügt zur Begründung der Klage der bloße Nachweis des Beischlafs in der Empfängniszeit nicht mehr. Dann muß das Kind seinerseits noch weiter nachweisen, daß aus der Beiwohnung dieses Dritten eine Empfängnis „offenbar unmöglich" eingetreten ist.

Also selbst hier wird der strikte positive Nachweis der Zeugung, der Beweis, daß einzig und allein die Beiwohnung des angeblichen Vaters zur Befruchtung geführt habe, genau

1) Urteil des OLG. Hamburg vom 15. Okt. 1903 in Rechtsprechung der Oberlandesgerichte 7, 416. Vergl. auch Urteil des Reichsgerichts vom 24. März 1904 in JW. 1904 S. 236 Nr. 12; und Protokolle 5793 (Mugdan, Materialien 4, 938).

genommen, noch nicht erfordert; es braucht nur negativ die Unmöglichkeit der Erzeugung durch den benannten Mitbeischläfer nachgewiesen zu werden, nicht etwa positiv die Erzeugung durch den angeblichen Vater. Sobald nur ausgeräumt wird, daß der in Betracht kommende Mitbeischläfer der Erzeuger sei, dann genügt fürderhin gegenüber dem als Vater in Anspruch Genommenen wieder nur der bloße Nachweis, daß er möglicherweise der Erzeuger sei, d. h. der bloße Nachweis, daß er in der gesetzlichen Empfängniszeit mit der Mutter konkumbiert habe. Zur Begründung der Alimentationspflicht wird also selbst bei erwiesener **exceptio plurium** — sofern nur die Erzeugung durch den Mitbeischläfer als offenbar unmöglich festgestellt ist — die bloße Möglichkeit der Vaterschaft (freilich eine höchst gesteigerte Möglichkeit) verlangt, so daß es nicht ausgeschlossen und auch nicht widerlegt zu sein braucht, daß das Kind in Wahrheit weder von dem im Prozeß benannten Mitbeischläfer noch von dem angeblichen Vater erzeugt ist, sondern von einem im Laufe des Prozesses vielleicht ganz unerwähnt gebliebenen Vierten.

2. — Aber das Gesetz kennt noch einen deutlicheren Fall, aus dem erhellt, daß der Nachweis einer bloß möglichen Vaterschaft zur Begründung der Alimentationspflicht und demgemäß auch zum Vorhandensein der „unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716" ausreicht.

Nämlich dann, wenn der als Vater in Anspruch Genommene seine Vaterschaft nach der Geburt des Kindes in einer öffentlichen Urkunde anerkannt hat (§ 1718).

In diesem Falle kann er sich „nicht darauf berufen, daß ein anderer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt habe". Es genügt also in diesem Falle — selbst wenn der geschlechtliche Verkehr der Mutter mit einem anderen in der Empfängniszeit feststehen sollte — daß das

Kind lediglich die Beiwohnung des Beklagten in der Empfängniszeit beweist.

Der Einwand der mehreren Konkumbenten ist hier dem als Vater in Anspruch Genommenen abgeschnitten, und er ist ausschließlich auf den von ihm zu erweisenden Einwand beschränkt, daß die Empfängnis aus dieser Beiwohnung den Umständen nach offenbar unmöglich sei (§ 1717 Abs. 1 Satz 2).

Selbst wenn also infolge der feststehenden Tatsache, daß die Mutter in der Empfängniszeit auch mit anderen Männern den Beischlaf vollzogen hatte, im Einzelfall von einer Gewißheit der wirklichen Vaterschaft des Beklagten nicht die Rede sein kann, so „gilt" in diesem Falle die bloße Möglichkeit der Vaterschaft dennoch als „Vaterschaft im Sinne der §§ 1708 bis 1716".

Die Ansicht Natters, daß die Alimentationsverbindlichkeiten der §§ 1708 ff. nicht auf der Möglichkeit der Vaterschaft, sondern nur auf dem wirklichen Bestehen der Vaterschaft beruhen [2]), muß daher verfehlt erscheinen.

3. — Die vorstehenden Bemerkungen haben gezeigt, daß die uneheliche Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 grundsätzlich darauf beruht, daß nur die Möglichkeit der physiologischen Abstammung dargetan wird.

Um den Begriff der „unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716" tiefer zu erfassen, sollen nunmehr die bisher erörterten Fälle einer bloß möglichen Vaterschaft gänzlich aus dem Spiele bleiben, und es soll die Frage geprüft werden, ob das wirkliche Bestehen der unehelichen Vaterschaft unter allen Umständen auch eine „uneheliche Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716" ist.

Gemäß § 1717 ist das wirkliche Bestehen der Vaterschaft selbstverständlich dann zugleich eine Vaterschaft „im Sinne

---

2) ArchCivPrax. 95 S. 129 f., 136.

der §§ 1708—1716", wenn der Akt der Beiwohnung in den Zeitraum der gesetzlichen Empfängniszeit — den 181. bis 302. Tag vor der Geburt des Kindes — gefallen war.

Wie aber dann, wenn es sich um eine Früh- oder Spätgeburt handelt, dergestalt, daß die zur Befruchtung führende Beiwohnung außerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit, also später als am 181. Tage oder früher als am 302. Tage vor der Geburt stattgefunden hat?

Solche Schwangerschaften von ungewöhnlicher Dauer kommen nicht gar so selten vor. Der Gynäkologe Olshausen, dessen Gutachten für die Vorarbeiten des BGB. von großer Bedeutung war, berichtet, daß ihm in seiner Praxis Schwangerschaften bis zur Dauer von 306, 310 und in einem Falle bis zu 320 Tagen vorgekommen seien [3]). Zahlreiche neuere medizinische Forschungen sind sogar zu dem Ergebnis gelangt, daß die Tragzeit von 302 Tagen nach sicheren Feststellungen bis zu 321, 325, 330, ja bis zu 341 Tagen seit dem Kohabitationstage überschritten worden ist, und daß von allen denjenigen Kindern, die bei ihrer Geburt mehr als 4 Kilogramm wiegen, etwa 12 bis 17 Prozent länger als 302 Tage getragen werden [4]).

Auf der anderen Seite sind schon früher Fälle nachgewiesen worden, in denen menschliche Leibesfrüchte von 24 bis 28 Wochen, also zwischen dem 168. bis 180. Tage der Schwangerschaft, lebend zur Welt gekommen und nach der Trennung vom Mutterleibe längere Zeit fortgelebt haben [5]);

3) Nachweisung bei Eck, Vorträge 2, 469.

4) Ausführliche Nachweisungen und Literaturangaben bei Schmidtmann (neue Ausgabe des Casper-Liman), Handbuch der gerichtlichen Medizin 1 (1905), S. 332—337; Ahlfeld, Lehrbuch der Geburtshilfe [3] (1903), S. 51.

5) Schmidtmann 337; Ahlfeld 214; Czerny-Keller, Des Kindes Ernährung, Ernährungsstörungen und Ernährungstherapie 1 (1906), 669 Note 2.

nach neueren Versuchen mit den sog. Brutapparaten, Wärmewannen und Wärmekästen gewinnt es sogar den Anschein, daß es der ärztlichen Kunst bei aufmerksamster Pflege gelingen will, solche abnorm früh geborenen Kinder auch dauernd am Leben zu erhalten [6]).

In der Literatur wird nach dem Vorgang der Motive zum BGB. [7]) und der Protokolle [8]) fast einstimmig die Ansicht vertreten, daß der Nachweis einer längeren oder kürzeren Empfängniszeit zum Nachweis der „unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716" nicht zuzulassen sei [9]).

In demselben Sinne hat auch das Oberlandesgericht Braunschweig in einem Beschluß vom 18. April 1902 Stellung genommen, indem es ausführte, daß in § 1717 als unerläßliche Voraussetzung der Unterhalts- und Entschädigungspflicht (§§ 1708 und 1715) die Beiwohnung innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit aufgestellt und daß der Nachweis einer früheren oder späteren Empfängnis hier gänzlich ausgeschlossen sei [10]).

---

6) Ahlfeld 216; Czerny-Keller 670 ff.; Marfan-Fischl, Handbuch der Säuglingsernährung (1904) S. 400 ff.; Finkelstein, Lehrbuch der Säuglingskrankheiten (1905) I, 2 S. 28 ff.

7) Motive zum BGB. 4, 890 f.

8) Protokolle der II. Kommission 6206 (Mugdan, Materialien zum BGB. 4, 1082).

9) So Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts 2[3] (1901) § 328 Note 24; Dernburg, Bürg. Recht 4 (1903) § 89 Note 7; Fuld in Puchelts Z. für französ. Zivilrecht 30 (1899), 554; Knitschky, Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem BGB. (1899) S. 81; Mantey, Die Rechte des unehelichen Kindes und seiner Mutter (1897) S. 77; Matthiaß, Lehrbuch des bürgerl. Rechts[4] (1900) Bd. 2 § 101 unter I; Neumann, Handausgabe des BGB. 2 (1900) § 1717 Anm. 2; Opet, Verwandtschaftsrecht des BGB. (1899) S. 372 Note 4; Planck, BGB. 4 (1901) § 1717 Anm. 3; Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft (1901) S. 44; Staudinger-Engelmann, Kommentar zum BGB. 4 (1899) § 1717 Bem. 2, und Engelmann im „Recht" 1900 S. 488.

10) Rechtsprechung der Oberlandesgerichte 4, 407—409.

Wir halten diese herrschende Ansicht nicht für richtig[11]).

Zu ihrer Bekämpfung bedarf es zunächst der Klarstellung der in der Literatur keineswegs einheitlich beantworteten Frage, welche systematische Bedeutung dem § 1717 BGB. zukommt.

Unseres Erachtens können nur die folgenden drei Möglichkeiten in Erwägung kommen.

a) Entweder: der § 1717 enthält in erschöpfender Weise den gesetzlichen Tatbestand, die materiellen Voraussetzungen der unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708 bis 1716, so daß § 1717 bei peinlicherer Wortfassung eigentlich lauten müßte: „Vater des unehelichen Kindes im Sinne der §§ 1708—1716 ist nur, wer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat" 2c. In diesem Falle würde natürlich eine außerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit fallende Beiwohnung niemals als Grundlage der unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 dienen können.

b) Oder aber: der § 1717 hat lediglich prozessuale Bedeutung und enthält nichts anderes als eine Beweisregulierung, eine Beweiserleichterung, indem er für das Gebiet der §§ 1708 bis 1716 eine echte Gesetzesvermutung dahin aufstellt, daß der Beweis der möglichen Vaterschaft zur vollgültigen Annahme der wirklichen Vaterschaft ausreiche. Der § 1717 müßte dann, streng genommen, so lauten: „Als Vater des unehelichen Kindes im Sinne der §§ 1708—1716 wird vermutet, wer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat" 2c. In diesem Falle würde die Beiwohnung innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit nicht eine materiellrechtliche Voraus-

11) Gleicher Meinung, wie es scheint, nur: Wörner, Der Rechtsbegriff: unehelicher Vater, im Sächsischen Archiv für deutsches bürgerliches Recht 15 (1905) S. 52—57; Brettner im „Recht" 1900 S. 456 f.; Heymann, daselbst 514.

setzung des Begriffs der unehelichen Vaterschaft, sondern nur eine Voraussetzung für das Platzgreifen der prozessualen Beweisregeln des § 1717 sein. Eine außerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit stattgehabte Beiwohnung würde dann logischerweise sehr wohl auch für den Bereich der §§ 1708—1716 als Grundlage der unehelichen Vaterschaft Berücksichtigung finden können, nur würde alsdann die erleichterte Beweisführung aus den §§ 1717, 1718 prozessual unstatthaft sein und der schwierige Beweis geführt werden müssen, daß das Kind gerade aus dieser Beiwohnung wirklich empfangen worden sei.

c) Oder endlich: der § 1717 hat zwar materiellrechtliche Bedeutung; er gibt aber keine erschöpfende Definition des Begriffs der unehelichen Vaterschaft, sondern er erweitert den als bekannt vorausgesetzten Begriff der unehelichen Vaterschaft im Interesse der leichteren Beweisführung, indem er im Wege der Fiktion unter gewissen Umständen die bloß mögliche Vaterschaft der wirklichen Vaterschaft für den Bereich der 8 Paragraphen 1708—1716 materiell gleichstellt; mit anderen Worten: nicht nur derjenige, der wirklich Vater des Kindes ist, sondern auch derjenige, der gemäß § 1717 „als Vater des unehelichen Kindes im Sinne der §§ 1708—1716 gilt", soll zur Alimentation des Kindes und zur Entschädigung der Mutter verpflichtet sein. Der § 1717 würde dann in seinem Wortlaut deutlicher dahin zu ergänzen sein: „Als Vater des unehelichen Kindes im Sinne der §§ 1708—1716 gilt auch, wer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat" zc. In diesem Falle würde ebenfalls eine außerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit stattgehabte Beiwohnung als Grundlage der unehelichen Vaterschaft dienen können; es müßten dann eben die Ansprüche aus §§ 1708—1716 nicht auf die leicht beweisbare fingierte Vaterschaft des § 1717 gestützt werden, sondern auf die schwerer beweisbare wirkliche Vaterschaft, deren Wirksam-

bleiben neben der fingierten Vaterschaft einer besonderen Erwähnung im Gesetze nicht bedurfte.

Untersuchen wir diese drei Möglichkeiten nunmehr im Einzelnen.

4. — Die ersterwähnte Möglichkeit war die, daß der § 1717 die materiellen Voraussetzungen der unehelichen Vaterschaft erschöpfend aufzähle.

Nur von diesem Standpunkt aus rechtfertigt sich die herrschende Lehre, daß eine außerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit stattgehabte Beiwohnung niemals die uneheliche Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 begründen könne.

Diese Auffassung des § 1717 wird in der Tat in der Rechtslehre und Rechtsprechung mitunter vertreten. Sie geht davon aus, daß der Begriff des Vaters im Sinne der §§ 1708 bis 1716 in § 1717 erschöpfend definiert sei, und daß daher der Unterhaltsanspruch des Kindes lediglich aus dem Tatbestand der „Beiwohnung in der gesetzlichen Empfängniszeit" entspringe [12]). Nach dieser Auffassung bildet folgeweise nicht „die uneheliche Vaterschaft", sondern stets nur „die Beiwohnung in der gesetzlichen Empfängniszeit" den anspruchbegründenden Tatbestand, so daß der Kläger zur Substanziierung seines Klaganspruchs nicht das Bestehen der Vaterschaft, sondern lediglich den Beischlaf in der Empfängniszeit zu behaupten brauchte.

12) So z. B. Beschluß des OLG. Braunschweig vom 18. April 1902 (Rechtsprechung der Oberlandesgerichte 4, 407): „Indem das BGB. in § 1717 die Beweisführung erleichtert, bestimmt es zugleich erschöpfend den Begriff des Vaters im Sinne der §§ 1708—1716." Ferner Urteil des Reichsgerichts vom 30. Juni 1904 (Entsch. in Zivilsachen 58, 355): „Die Verpflichtung des unehelichen Erzeugers . . . folgt nach § 1717 aus der Beiwohnung innerhalb der Empfängniszeit." Tebelmann in der DJZ. 1903 S. 570: „Der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes findet seine rechtliche Grundlage lediglich in dem Geschlechtsverkehr des Vaters mit der Mutter."

In diesem Sinne formuliert insbesondere Hedemann[13]) den Standpunkt dieser Auffassung: „Die Frage, wer die Alimente zu zahlen hat, findet ihre Beantwortung nicht durch die Worte: ‚der uneheliche Vater‘, sondern ‚der, welcher der Mutter in der Empfängniszeit beigewohnt hat‘, und der nur der Kürze halber in den vorhergehenden Paragraphen als ‚Vater‘ bezeichnet wird.“

Diese Auffassung war im Gemeinen Recht häufig vertreten[14]) und führte dort folgerichtig zu der Konsequenz, daß die Erzeugung des Kindes aus einem außerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit liegenden Beischlaf, selbst wenn sie erwiesen wäre, dennoch niemals als Grundlage der Alimentenklage ausreichen könnte[15]).

Allein für das Recht des BGB. steht diese Ansicht in unauflösbarem Widerspruch mit der auch von der herrschenden Lehre nicht bezweifelten Tatsache, daß der Rechtsgrund des Unterhaltsanspruchs des unehelichen Kindes im BGB. nicht etwa — wie nach der Delikts- oder Quasideliktstheorie im Gemeinen Recht — in der in sich abgeschlossenen Tatsache des „Beischlafs in der Empfängniszeit“ zu finden ist, sondern einzig und allein in dem familienrechtlichen Status des Kindes, in der natürlichen durch die Zeugung begründeten Blutsverwandtschaft zwischen dem unehelichen Kinde und dessen Vater[16]).

Die hier bekämpfte Ansicht wäre aber eine Rückkehr zu

13) Hedemann, Die Vermutung nach dem deutschen Recht (1904) S. 250.

14) Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts 2⁸ (1900) § 475 Noten 17 und 18.

15) So ausdrücklich Entscheidung des Obertribunals Stuttgart vom 9. April 1870 in SeuffA. 24 Nr. 117.

16) So namentlich auch Urteil des RG. vom 11. Nov. 1901 (Entsch. in Strafsachen 34, 428).

der vom BGB. verworfenen gemeinrechtlichen Quasidelikts-theorie, daß der Rechtsgrund der Alimentationsverpflichtung lediglich der Beischlaf in der gesetzlichen Empfängniszeit sei. Die Motive zum BGB. (4, 874) haben unter Zustimmung der Protokolle[17]) diese Theorie ebenso wie alle ähnlichen Theorien über den Rechtsgrund der Alimentationspflicht des unehelichen Vaters bewußt verworfen und lediglich die Vaterschaftstheorie mit unzweideutiger Bestimmtheit auch im Gesetzestext zum Ausdruck bringen wollen, obwohl es sonst „nicht die Aufgabe des Gesetzes sei zu konstruieren"[18]). Gerade „um einen festen Anhalt für die Beantwortung derjenigen Fragen zu geben, welche der gesetzlichen Entscheidung sich entziehen, oder aus sonstigen Gründen eine ausdrückliche Entscheidung im Gesetze nicht finden", hat der Gesetzgeber es hier für erforderlich erachtet, ausdrücklich die Theorie zu sanktionieren, daß die Unterhaltspflicht ihrer rechtlichen Natur nach auf dem durch die uneheliche Abstammung geknüpften Bande der Blutsverwandtschaft, auf dem Statusverhältnis des unehelichen Kindes beruhe[19]), oder — wie die Protokolle[20]) es einmal ausdrücken —, daß „die durch den Beischlaf bewiesene Vaterschaft" die rechtliche Grundlage des Unterhaltsanspruchs sei und bleibe.

In der ausgesprochenen Absicht, diese Theorie als die allein gesetzmäßige hinzustellen, redet das BGB. niemals von dem „Schwängerer" oder dem „Konkumbenten" oder dem „Erzeuger", sondern stets von dem „Vater" des Kindes[21]).

Nur vom Standpunkt dieser Theorie aus ist es zu erklären, daß das BGB. sowohl den Einwand der mehreren

17) Protokolle der II. Kommission 6195 (Mugdan, Materialien 4, 1029 f.).

18) Motive zum BGB. 4, 874.

19) Motive 4, 874.

20) Protokolle 6209 (Mugdan, Materialien 4, 1033)

21) Motive 4, 874.

Konkumbenten als auch den Einwand zuläßt, daß die Empfängnis des Kindes aus der fraglichen Beiwohnung offenbar unmöglich sei [22]).

Und was am deutlichsten spricht: nicht das Anerkenntnis des „Beischlafs in der Empfängniszeit", sondern einzig und allein das Anerkenntnis „der Vaterschaft" führt gemäß § 1718 zur Ausschließung der exceptio plurium [23]).

Ist aber diese Vaterschaftstheorie für das BGB. die allein richtige, beruhen also die Ansprüche aus §§ 1708—1716 „auf dem Statusverhältnis der unehelichen Vaterschaft" und nicht auf der „Beiwohnung in der Empfängniszeit", wie will man dann vernünftigerweise rechtfertigen, daß außerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit erzeugte Kinder überhaupt keinen unehelichen Vater im Sinne der §§ 1708—1716 haben sollen? Die Vaterschaftstheorie muß vielmehr zu dem Schlusse führen, daß anspruchsbegründender Tatbestand immer nur die — wirklich vorhandene oder als wirklich unterstellte — natürliche Vaterschaft sein kann, gleichgültig, ob die Beiwohnung innerhalb oder außerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit stattgefunden hat.

Von diesem Standpunkt aus muß es auch unrichtig erscheinen, wenn die Motive zum BGB. den Satz aufstellen, „zur Begründung des hier fraglichen Unterhaltsanspruchs genüge die Behauptung, daß der in Anspruch Genommene der Mutter des Kindes innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt habe" [24]). Vielmehr muß zur Substanziierung der Klage korrekterweise die — wirkliche oder als wirklich zu unterstellende — uneheliche Vaterschaft des in Anspruch Genommenen ausdrücklich behauptet werden; sie bildet allein

---

22) So namentlich Eck, Vorträge 2, 511/512.

23) So auch Spahn, a. a. O. 44; Opet, a. a. O. 374 bei Note 17.

24) Motive zum BGB 4, 883.

das Klagefundament. Mit Recht sagt daher Wach: „Würde in der Klage nur Beischlaf in der Empfängniszeit behauptet und darauf einer der Ansprüche der §§ 1708, 1715 gestützt, so wäre die Klage unschlüssig und nur durch wohlwollende Auslegung, welche die Behauptung der Vaterschaft hineinträgt, haltbar" [25]).

Erkennt man der Vaterschaftstheorie gemäß an, daß die Beiwohnung in der gesetzlichen Empfängniszeit für sich allein als anspruchbegründender Tatbestand noch nicht ausreicht, dann kann keine Rede davon sein, daß für das Gebiet der §§ 1708 bis 1716 der Begriff der unehelichen Vaterschaft in § 1717 erschöpfend definiert werde.

5. — Der richtigen Auffassung des § 1717 kommt daher die in der Literatur vorherrschende Ansicht näher, daß der § 1717 lediglich eine echte Gesetzesvermutung (praesumtio iuris) enthalte, in dem Sinne, daß der Kläger die Vaterschaft zwar behaupten muß, aber nicht in vollem Umfang zu beweisen braucht, daß ihm vielmehr zur Erleichterung des Beweises der Vaterschaft das Gesetz mit einer Präsumtion zu Hilfe kommt. Dann wäre es lediglich diese Frage des Beweises, die in § 1717 ihre Beantwortung fände.

Diese Auffassung entspräche jedenfalls dem Rechte des Oesterreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs, welches in § 163 hinsichtlich der unehelichen Kinder folgende Norm aufstellt:

„Wer auf eine in der Gerichtsordnung vorgeschriebene Art überwiesen wird, daß er der Mutter eines Kindes innerhalb des Zeitraumes beigewohnt habe, von welchem bis zu ihrer Entbindung nicht weniger als sechs, nicht mehr als zehn Monate verstrichen sind .. von dem wird vermutet, daß er das Kind erzeugt habe."

25) So Wach in der JJP. 29, 373.

Für das Recht unseres BGB. wird dieselbe Auffassung in erster Reihe von den Motiven zum BGB. ausdrücklich vertreten.

So heißt es in Bd. 4 S. 21: man habe aus praktischen Bedürfnissen in Ansehung des Alimentationsanspruches des Kindes gegen den unehelichen Vater und des Anspruches der Mutter auf Ersatz der Entbindungs- und Wochenbettskosten „zum Zwecke der Erleichterung des Beweises eine besondere Rechtsvermutung der unehelichen Vaterschaft aufgestellt".

Ebenso wird in Bd. 4 S. 869 die Bedeutung des § 1717 = § 1572 des I. Entwurfs) dahin charakterisiert, daß hier in Frage stehe, „ob und inwieweit es sich aus praktischen Gründen empfiehlt, statt es in Ansehung des Beweises der unehelichen Vaterschaft bei den allgemeinen Grundsätzen bewenden zu lassen, die Führung jenes Beweises durch positive Bestimmungen in der einen oder anderen Richtung zu erleichtern".

Endlich wird in Bd. 4 S. 883 f. ausgeführt, daß es sich aus praktischen Gründen nicht empfehle, „soviel den Beweis der Vaterschaft betrifft, von jeder besonderen Bestimmung abzusehen"; aus diesen Gründen habe man hier eine „Vermutung der Vaterschaft" aufgestellt; „jedenfalls empfehle sich die Anerkennung dieser Vermutung aus praktischen Gründen, um die Durchführung des Unterhaltsanspruches zu erleichtern".

Auf demselben Boden stand nach den Protokollen die Mehrheit der II. Kommission. Auch sie faßte die Bedeutung des jetzigen § 1717 lediglich dahin auf, daß die Beiwohnung in der Empfängniszeit nur eine „Vermutung" der Vaterschaft begründe, eine Vermutung, die sowohl durch den Nachweis der Beiwohnung eines anderen in dieser Zeit, als auch durch

den Nachweis der offenbaren Unmöglichkeit der Empfängnis entkräftet werden könne[26]).

Mit besonderer Deutlichkeit vertritt endlich die Denkschrift den nämlichen Standpunkt. Sie rechtfertigt den jetzigen § 1717 damit, daß „es aus praktischen Gründen, insbesondere behufs Vereinfachung der betreffenden Rechtsstreitigkeiten erforderlich erscheine, dem Kinde den Nachweis der Vaterschaft durch besondere Bestimmungen zu erleichtern". Der Satz, daß nach § 1717 (= § 1693 der Reichstagsvorlage) „als Vater des unehelichen Kindes gilt, wer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat", wird dann weiterhin ausdrücklich als eine „Vermutung" bezeichnet[27]).

Im Einklang mit diesen Vorarbeiten zum BGB. nimmt denn auch die überwiegende Mehrheit der Schriftsteller an, daß der § 1717 nur zwecks Erleichterung des Beweises der Vaterschaft eine „echte Gesetzesvermutung" aufstelle[28]). Auch in der Praxis der höheren Gerichte[29]) findet sich diese Auffassung, die am klarsten von Wach dahin formuliert wird:

---

26) Protokolle der II. Kommission 8675 (Mugdan, Materialien 4, 1031).

27) Denkschrift 227 (Mugdan, Materialien 4, 1179).

28) So z. B. Brettner im „Recht" 1900 S. 457; Crome, System des bürgerl. Rechts 1 (1900) § 128 Note 1; Eck, Vorträge 2, 508; Fränkel, Familienrecht (1898) S. 174; Landsberg, Recht des BGB. 2 (1904), 978; F. Leonhard, Die Beweislast (1904) S. 427; Natter, a. a. O. S. 129, 131, 136; Opet, Verwandtschaftsrecht des BGB. (1899) S. 372; Petersen-Anger, Kommentar zur ZPO.[4] (1899) §§ 282, 283 Bem. 11; Planck, BGB. 4 (1901) § 1717 Bem. 2; Staudinger-Engelmann, Kommentar zum BGB. 4 (1899) § 1717 Bem. 1; Heymann im „Recht" 1900 S. 514.

29) So z. B. Urteil des Reichsgerichts vom 30. Juni 1904 (Entsch. 58, 354): . . . „die zufolge § 1717 durch die Beiwohnung innerhalb der Empfängniszeit begründete Vermutung der Vaterschaft"; Beschluß des Kammergerichts vom 20. April 1903 (KGJ. 26 A, 41): „Rechtsvermutung aus Abs. 1 § 1717 BGB.".

„Die ‚uneheliche Vaterschaft' muß behauptet werden und bildet das klägerische Beweisthema. Aber das Gesetz erleichtert den Beweis durch die Präsumtion (sc. des § 1717, welcher die Vaterschaft aus der Beiwohnung innerhalb der Empfängniszeit schlußfolgert) . . . Mit einem Worte, hier ist Beweisthema allein die uneheliche Vaterschaft. Die Beweislast trägt der Kläger, aber die eingreifenden Vermutungen regeln Haupt- und Gegenbeweis." Der § 1717 enthält nur „Präsumtionstatsachen"[30]).

Geht man aber mit der herrschenden Lehre davon aus, daß der § 1717 nur eine echte Vermutung behufs Erleichterung des Beweises der Vaterschaft enthalte, so kann der allein logische Schluß unseres Erachtens nicht von der Hand gewiesen werden, daß eine außerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit liegende Beiwohnung nur das Platzgreifen der Vermutung, der Beweiserleichterung des § 1717 ausschließt, aber nicht mehr[31]). Die herrschende Lehre begeht unseres Erachtens einen Denkfehler, wenn sie auf der einen Seite sagt: der § 1717 enthält nur eine Vermutung, eine Beweisregel der Vaterschaft, und wenn sie auf der anderen Seite die wirklich erwiesene Vaterschaft, welche sich auf eine außerhalb der gesetzlichen Konzeptionszeit liegende Beiwohnung stützt, auf Grund des § 1717 begrifflich überhaupt nicht als eine uneheliche Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 anerkennen will, obwohl doch von einer Anrufung der in § 1717 vergünstigten Beweiserleichterung durch Präsumtionen hier nirgends die Rede sein soll. Der Irrtum der herrschenden Lehre erscheint um so unlogischer, als die herrschende Lehre bei einer verwandten Materie,

30) Wach in der ZZP. 29, 373.

31) Gleicher Ansicht anscheinend nur die oben Note 11 angeführten Schriftsteller.

nämlich bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe, in dem analogen § 1720 ebenfalls die Aufstellung einer „Vermutung" erblickt, aber dort ganz unbedenklich den Beweis der wirklichen Vaterschaft bei längerer oder kürzerer Schwangerschaftsdauer zuläßt[32]).

6. — Trotzdem nun diese Vermutungstheorie zu dem unseres Erachtens richtigen Ergebnis führen muß, daß auch die außerhalb der gesetzlichen Konzeptionszeit empfangenen unehelichen Kinder einen Alimentationsanspruch gegen ihren wirklichen Erzeuger haben, halten wir diese Theorie ihrer Konstruktion nach doch für verfehlt.

Zum Wesen der Vermutung gehört in erster Linie, daß sie lediglich prozessuale Wirkung übt, daß also lediglich der Beweis der Tatsache oder des Rechtsverhältnisses, für deren Vorhandensein die Vermutung streitet, dem Beweisführer im Prozeß erleichtert wird, indem man die eigentlich von ihm zu beweisende Tatsache auch ohne Beweisführung als erwiesen annimmt (arg. § 292 ZPO.)[32a]).

Dagegen hat die Vermutung keinerlei materiellrechtliche Bedeutung; sie ist nicht materieller Rechtssatz; sie hat keinen Einfluß auf den Inhalt, die Abgrenzung und die Tragweite des materiellen Rechtsverhältnisses. Sie spielt eine Rolle nur im Prozeß beim Beweise des Rechtsverhältnisses. Ist aber das Bestehen des Rechtsverhältnisses einmal tatsächlich festgestellt, dann ist es für den Umfang und die Wirkungen dieses Rechtsverhältnisses vollständig ohne Belang, auf welchem Wege und mit welchen Mitteln das Bestehen dieses Rechtsverhältnisses bewiesen worden ist, ob mit oder ohne Zuhilfenahme von Vermutungen.

---

32) Näheres unten in § 5 Nr. 2.

32a) Hedemann, Die Vermutung 177 ff. A. M. Kohler im ArchCivPrax. 96, 364.

Das zeigt sich am klarsten bei der Wirkung der Rechtskraft.

Die Wirkung der Rechtskraft eines festgestellten Rechtsverhältnisses ist völlig unabhängig von der Art des dem Urteil vorausgegangenen Beweisverfahrens, insbesondere davon, ob und welche Gesetzesvermutungen dem Beweisführer den Beweis erleichtert hatten. Wer als Eigentümer eines Grundstücks rechtskräftig festgestellt wird, kann sich auf die rechtskräftige Feststellung seines Eigentums in allen Fällen und nach allen Richtungen hin gleichmäßig berufen, mag er nun das obsiegende Urteil auf Grund eines erfolgreichen Zeugen- oder Urkundenbeweises oder aber lediglich auf Grund der Vermutung der Richtigkeit des Grundbuchs gemäß § 891 BGB. erstritten haben.

Es kann nun aber kein Zweifel darüber bestehen, daß die Erleichterung der Beweisführung, wie sie in § 1717 gewährt ist, nicht bei allen Rechtsbeziehungen zwischen unehelichem Kind und Vater Platz greift, z. B. nicht bei dem Ehehindernis aus § 1310 Abs. 3. Die Beweiserleichterung des § 1717 soll vielmehr nur für den Bereich der in den §§ 1708—1716 aufgezählten Rechtsbeziehungen Geltung haben. Denn § 1717 sagt nicht: „Wer der Mutter innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit beigewohnt hat, wird als Vater des unehelichen Kindes in allen rechtlich anerkannten Beziehungen vermutet", sondern er „gilt" als Vater nur im Sinne der acht ausdrücklich hervorgehobenen Paragraphen 1708—1716.

Die Art der Beweisführung hat also hier nicht nur prozessuale, sondern eine ganz bedeutende materiellrechtliche Wirkung: wer sich zum Nachweis der Vaterschaft auf die Beweiserleichterung des § 1717 stützt, muß damit in Kauf nehmen, daß die Vaterschaft materiellrechtlich nur in Bezug auf einen beschränkten Kreis von Rechtswirkungen, nämlich nur für den Bereich der §§ 1708—1716 festgestellt wird.

Da die echte Vermutung aber ihrem Wesen nach nur prozessuale, keine materiellrechtlichen Wirkungen ausüben kann, so muß es verfehlt erscheinen, in den Bestimmungen des § 1717 die Aufstellung einer Präsumtion zu erblicken.

Gegen diese Ansicht spricht auch noch ein zweites.

Zum Begriff der Vermutung — mit Ausnahme der dem BGB. unbekannten[33]) praesumtio iuris et de iure — gehört es nach § 292 ZPO., daß gegen sie jeder Beweis des Gegenteils zulässig ist. Gegen die sog. Vaterschaftsvermutung des § 1717 wären aber nur zwei ganz bestimmte Gegenbeweise zulässig, nämlich die exceptio plurium und der Beweis der „offenbaren" Unmöglichkeit der Empfängnis; im Falle der Anerkennung der Vaterschaft gemäß § 1718 wäre sogar auch der Gegenbeweis der exceptio plurium ausgeschlossen.

Bei solcher Beschränkung des Gegenbeweises kann man der Norm des § 1717 schwerlich den Charakter einer echten Gesetzesvermutung beilegen[34]).

7. — Wir glauben den unannehmbaren Konsequenzen der beiden bisher erörterten Theorien nicht anders entgehen zu können, als indem wir die Norm des § 1717 als eine Fiktion der unehelichen Vaterschaft auffassen.

Es hat freilich sein Mißliches, zu dem geschraubten Notbehelf der vielgeschmähten Fiktion zu greifen; aber wie der § 1717 einmal gestaltet ist, wird man doch ohne Annahme einer Fiktion der tieferen systematischen Bedeutung des § 1717 nicht gerecht.

33) Nachweis bei Hedemann, Die Vermutung 210 ff., insbesondere 214 f.; Crome, System 1 § 128 bei Note 2; auch Kipp bei Windscheid 1, 595 („die unwiderlegliche Rechtsvermutung ist eine Fiktion"); Seuffert, ZPO.[9] (1904) § 292 Nr. 4.

34) In diesem Sinne bezweifelt auch Hellmann, Vorträge über das BGB. (1897) S. 226, daß „wir es hier (in § 1717) mit einer schlechthin widerlegbaren Vermutung zu tun haben".

unterscheidet sich von der „Vermutung" im dadurch, daß sie ein Gebilde des materiellen Die Vermutung hat nur Bedeutung im erleichtert sie dem Behauptenden den Bevermutungen, indem sie ihn seiner Beweispflicht überhebt.

Fiktion dagegen vereinfacht die materiellen an deren Erfüllung bestimmte Rechtsfolgen sind. Indem die Fiktion etwas Nichtwirkliches wie behandelt, indem sie insbesondere einen neuen Tatbestand mit denselben Rechtswirkungen ausstattet älteren komplizierteren Tatbestand und zu diesem beide Tatbestände einander gleichstellt; kurz: indem die verordnet, die Tatsache B solle ebenfalls als Tatsache A bringt sie in verhüllter Form eine wirkliche Erweiterung des materiellen Rechtssatzes[36]) und dadurch zugleich sekundäre Folge auch eine erleichterte Beweisführung zuwege.

Die Fiktion ist allerdings eine barocke, aber gesetzestechnisch äußerst bequeme Form der analogen Ausdehnung des Gesetzes[37]): indem sie die Rechtswirkungen von einem Tatbestand auf einen anderen überträgt[38]), vermehrt sie die tatsächlichen Möglichkeiten, stellt sie neue materiellrechtliche Voraussetzungen zur Wahl, die zur Auslösung der nämlichen Rechtsfolgen hinreichen sollen.

Dieses Wesen der echten Fiktion tritt auch in § 1717 BGB. zu Tage.

35) Fischer, Recht und Rechtsschutz (1889) S. 24; Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts (1885) S. 302; Hedemann, Die Vermutung (1904) S. 238 ff.

36) Jhering, Geist des römischen Rechts, III. Teil[4] (1888) S. 307.

37) Worte Jherings, a. a. O. 303.

38) Fischer, Recht und Rechtsschutz 24.

Das Prinzip ist das, daß zunächst nur der Tatbestand der wirklichen Vaterschaft die Alimentations- und Ersatzansprüche aus §§ 1708—1716 erzeugen sollte. Aber um der leichteren Beweisführung willen hat man in gewissen Fällen (— z. B. bei Nichtvorschützen der exceptio plurium, sowie bei förmlicher Anerkennung der Vaterschaft —) die Alimentations- und Ersatzpflicht auch an den einfacheren Tatbestand der bloß möglichen Vaterschaft (d. h. Beiwohnung in der gesetzlichen Empfängniszeit) angeknüpft, und zwar in der für die Fiktion eigentümlichen Form, daß man diese bloß mögliche Vaterschaft dennoch „im Sinne der §§ 1708—1716" ebenfalls als wirkliche Vaterschaft „gelten" ließ.

Mit der Gestaltung des § 1717 als Fiktion sind aber zwei Vorteile erreicht worden, die gerade dieser Form der Gesetzestechnik eigentümlich sind.

Auf der einen Seite — und das ist der Vorzug vor der Statuierung einer lediglich prozessual wirksamen Präsumtion — hat man die Wirkungen der damit erzielten Beweiserleichterung materiellrechtlich auf den engen Bezirk der in den acht Paragraphen 1708—1716 aufgezählten Rechtsbeziehungen beschränken können. Die mögliche Vaterschaft wird nur „im Sinne der §§ 1708—1716" als wirkliche Vaterschaft fingiert.

Auf der anderen Seite — und das ist der Vorzug vor einer schlichten Formulierung der materiellen Voraussetzungen des Rechtssatzes — konnte man ohne theoretisierende Weitschweifigkeit das ursprüngliche Prinzip wie ein Palladium hochhalten[39]), daß der Unterhaltsanspruch seinem inneren Grunde

39) Diesen Vorzug der Fiktion betonen mit Recht Fischer, a. a. O. 24, und Jhering (a. a. O. 305 „Der Zweck der Fiktion besteht in der Ermöglichung, die traditionelle Lehre formell ganz in ihrer alten Gestalt zu belassen, ohne doch dem Neuen praktisch seine volle Wirksamkeit dadurch irgendwie zu verkümmern").

nach auf der Blutsverwandtschaft der wirklichen Vaterschaft beruhe; die wirkliche Vaterschaft bildet nach wie vor die ratio legis und die unangetastete theoretische Grundlage[40]) (wie dies namentlich bei der förmlichen Anerkennung der „Vaterschaft" [§ 1718] deutlich hervortritt); aber im Interesse „der erleichterten Durchführung des Unterhaltsanspruchs"[41]) werden unter Wahrung dieser theoretischen Grundlage die in §§ 1708 bis 1716 genannten Rechtsfolgen in gewissen Fällen bereits an die bloß mögliche Vaterschaft angeknüpft, indem das Gesetz der juristischen Vorstellung vorschreibt, den möglichen Vater für den Umfang der §§ 1708—1716 „als wirklichen Vater gelten" zu lassen.

Damit ist zugleich klargestellt, daß die bloße Behauptung der Beiwohnung in der Empfängniszeit für sich allein als Klagefundament, streng genommen, nicht genügt, sondern erst in Verbindung mit der Behauptung der wirklichen oder als wirklich fingierten Vaterschaft einen ausreichenden Klagegrund abgibt[42]).

Es wird sich später zeigen, daß diese Auffassung des § 1717 als der Statuierung einer fingierten Vaterschaft für die Frage der Rechtskraft von großer Bedeutung ist[43]).

Hier mag noch darauf hingewiesen werden, daß unserer Auslegung des Gesetzes die Wortfassung des § 1717 wohl am meisten entspricht; denn es wird hier die für die Fiktion typische Redewendung „es gilt" anstatt „es ist" verwendet[44]).

---

40) So namentlich auch die Protokolle 6209 (Mugdan, Materialien 4, 1033).

41) Motive 4, 884.

42) Siehe oben bei Note 24—25.

43) Siehe unten die §§ 11 und 12.

44) Vergl. z. B. Hellmann, Vorträge 58; Crome, System 1 § 21 Note 9 (S. 108); Wach in der ZZP. 29, 371.

Die fiktive Fassung: „Als Vater des unehelichen Kindes im Sinne der §§ 1708—1716 gilt ꝛc." erscheint besonders beachtenswert, wenn man zum Vergleiche die entsprechende Regelung der ehelichen Abstammung heranzieht. Bei der ehelichen Abstammung hat man abweichend von der Regelung im I. Entwurf[45]) von der Aufstellung einer Fiktion gänzlich abgesehen und für die Eigenschaft der Ehelichkeit des Kindes die materiellen Voraussetzungen einfach durch schlichten Privatrechtssatz erschöpfend normiert[46]); in § 1591 heißt es nämlich: „Ein Kind . . ist ehelich, wenn . . ." Und auf der anderen Seite verdient Beachtung, daß das Gesetz sich in § 1717 auch der Verwendung des Wortes „Vermutung" enthalten hat, obwohl das Gesetz ganz im Bereiche des hier fraglichen Ideenkomplexes mehrfach Anlaß fand, echte Vermutungen aufzustellen und sie ausdrücklich als solche zu bezeichnen, z. B. die Vermutung der Beiwohnung bei der ehelichen Abstammung in § 1591 Abs. 2 und ebenso bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe in § 1720 Abs. 2.

Bei der überaus vorsichtigen, wohlüberlegten und folgerichtigen Sprachweise des BGB. bildet jedenfalls die fiktive Fassung des § 1717 ein willkommenes Argument für unsere Ansicht.

8. — Die Auffassung, daß der § 1717 eine Fiktion der Vaterschaft im Interesse der Beweiserleichterung enthalte, führt — wie schon erwähnt — zu dem Ergebnis, daß außer der fingierten Vaterschaft erst recht auch die wirkliche Vaterschaft, wenn sie schlüssig nachweisbar ist, die Unterhalts- und Ersatz-

45) Im I. Entwurf § 1468 war die eheliche Abstammung mit Hilfe einer Fiktion geregelt. So ausdrücklich Protokolle 5791 (Mugdan 4, 938): „Die in § 1468 aufgestellte Fiktion . . ." Diese Regelung wurde besonders bekämpft von Fischer, Recht und Rechtsschutz 26.

46) Vergl. namentlich Hedemann, Die Vermutung S. 246—248.

pflicht aus §§ 1708—1716 begründet, und daß daher auch einem erweislich vor dem 302. oder nach dem 181. Tage vor der Geburt empfangenen Kinde Alimentationsansprüche gegen den wirklichen Erzeuger zustehen.

Gegen diese Ansicht scheint nun allerdings das argumentum a contrario zu sprechen, das die herrschende Lehre aus der Gesetzesbestimmung über die Empfängniszeit bei der ehelichen Abstammung (§ 1592) entnimmt. Bei der ehelichen Abstammung ist bekanntlich die Empfängniszeit zunächst ebenso wie bei der unehelichen Zeugung auf den 181. bis 302. Tag vor der Geburt des Kindes bemessen (§ 1592 Abs. 1).

Aber in einer besonderen Bestimmung ist hier der Nachweis einer weiter als 302 Tage zurückliegenden Empfängnis ausdrücklich zugelassen:

§ 1592 Abs. 2: „Steht fest, daß das Kind innerhalb eines Zeitraums empfangen ist, der weiter als 302 Tage vor dem Tage der Geburt zurückliegt, so gilt zu Gunsten der Ehelichkeit des Kindes dieser Zeitraum als Empfängniszeit."

Aus dem Fehlen einer gleichlautenden ausdrücklichen Bestimmung in § 1717 zieht die herrschende Meinung den Schluß, daß bei der unehelichen Abstammung der Nachweis einer längeren oder kürzeren Empfängniszeit unter allen Umständen ausgeschlossen sei[47].

Allein dieser Schluß ist nicht gerechtfertigt.

Die ausdrückliche Verlängerung der gesetzlichen Empfängniszeit bei der ehelichen Abstammung wurde erst nachträglich von der II. Kommission in das BGB. eingeführt[48]; sie war geboten, weil der Begriff der „Ehelichkeit" von der II. Kom-

47) So namentlich Beschluß des OLG. Braunschweig vom 18. April 1902 (OLGRspr. 4, 407); Knitschky 81; Planck, BGB. 4 § 1717 Bem. 4; Engelmann im „Recht" 1900 S. 488.

48) Protokolle 5885 (Mugdan, Materialien 4, 937).

mission abweichend vom I. Entwurf nicht mehr mit Hilfe einer Fiktion der Zeugung geregelt wurde, vielmehr unmittelbar an bestimmte, erschöpfend aufgezählte materielle Tatbestandsmomente angeknüpft wurde[49]). Sobald man nämlich daran ging, die materiellen Voraussetzungen des Begriffs der Ehelichkeit erschöpfend zu regeln, mußte man auch der Empfängnis aus einer früheren als der gesetzlichen Empfängniszeit ausdrücklich Erwähnung tun, wenn anders solche spätgeborenen Kinder von der Eigenschaft der Ehelichkeit nicht überhaupt ausgeschlossen bleiben sollten. Und das wäre doch absurd gewesen. Eine solche ausdrückliche Erwähnung aber war bei der unehelichen Vaterschaft nicht von nöten, da es in § 1717 wie schon im I. Entwurf bei einer Fiktion der Vaterschaft geblieben ist, hier also nur die Voraussetzungen der fingierten Vaterschaft aufgezählt sind; es handelt sich hier eben nicht um eine erschöpfende Begriffsbestimmung der unehelichen Vaterschaft überhaupt, sondern nur um eine Bestimmung der fingierten unehelichen Vaterschaft, neben welcher Begriff und Voraussetzungen der wirklichen Vaterschaft selbstverständlich unberührt geblieben sind.

Die verschiedenartige Behandlung der Empfängniszeit in § 1717 Abs. 2 und in § 1592 rechtfertigt sich aber auch durch folgende Erwägung.

Bei der unehelichen Kindschaft liegt der Schwerpunkt der Beweiserleichterung lediglich darin, daß eine Fiktion der Zeugung dann Platz greift, wenn nur der Beischlaf in der gesetzlichen Empfängniszeit erwiesen ist.

Bei der ehelichen Kindschaft dagegen ist weit darüber hinaus auch noch eine Beischlafsvermutung aufgestellt, die Vermutung nämlich, daß der Ehemann innerhalb der gesetzlichen

49) Siehe oben Note 45 und 46.

Empfängniszeit der Frau beigewohnt habe (§ 1591 Abs. 2). Wäre nun bei der ehelichen Kindschaft die Empfängniszeit unabänderlich auf die Zeit vom 302. bis 181. Tage vor der Geburt begrenzt, ohne daß man den einfachen Nachweis einer längeren Schwangerschaftsdauer zugelassen hätte, so hätte man zum Nachweis der Ehelichkeit spätgeborener Kinder immer noch den besonderen doppelten Beweis fordern müssen:

a) daß der Ehemann vor der gesetzlichen Empfängniszeit der Frau beigewohnt habe,

b) und daß das Kind aus dieser Beiwohnung herrühre.

Durch die ausdrückliche Ausdehnung der gesetzlichen Empfängniszeit zu Gunsten der Ehelichkeit des Kindes, wie sie jetzt bei feststehender längerer Schwangerschaftsdauer nach § 1592 Abs. 2 in Kraft tritt, ist nun gesetzestechnisch aufs einfachste erreicht worden, daß auch diese beiden besonderen Beweise durch die eingreifenden Beweiserleichterungen des § 1591 ersetzt werden. Es braucht also nichts anderes „festzustehen", als daß die Schwangerschaft länger als 302 Tage gedauert hat, dann greift auch hier ohne weiteres die Vermutung des Beischlafs des Ehemannes (§ 1591 Abs. 2)[50]) und daran anschließend die unmittelbare Folgerung der Ehelichkeit (§ 1591 Abs. 1) ein.

Sonach besteht der Hauptwert des in § 1592 Abs. 2 zugelassenen Nachweises einer längeren Empfängniszeit darin, daß er den Weg ebnet für das Eingreifen der Beischlafs-

---

50) So mit Recht die herrschende Meinung; vergl. z. B. Planck 4 § 1592 Nr. 2 Abs. 2; Staudinger-Engelmann 4 § 1592 Nr. 3a; OLG. Braunschweig, Beschluß vom 18. April 1902 (OLGRspr. 4, 408). Die abweichende Ansicht von Spahn (S. 18), daß für die den 302. Tag überschießende Zeit die Beiwohnungsvermutung des § 1591 Abs. 2 nicht gelte und hier die Beiwohnung des Ehemanns jedesmal besonders nachgewiesen werden müsse, steht mit dem klaren Wortlaut des Gesetzestextes in Widerspruch und scheint auch vereinzelt geblieben zu sein.

vermutung des § 1591 Abs. 2. Da eine analoge Beischlafsvermutung bei der unehelichen Kindschaft überhaupt nicht in Frage kommt, so erscheint auch aus diesem Grunde die unterschiedliche Behandlung der Empfängniszeit in § 1717 Abs. 2 und § 1592 verständlich und wohl begründet.

Dazu kommt endlich folgendes:

Der bloße Nachweis der längeren Empfängniszeit hat bei der ehelichen Kindschaft, wie wir sahen, die doppelte Folge, daß nicht bloß die Vermutung der Beiwohnung des Ehemanns (§ 1591 Abs. 2), sondern auch die unmittelbare Folgerung der Ehelichkeit (§ 1591 Abs. 1) ohne weiteres Platz greift.

Hätte man nun in analoger Weise auch bei der unehelichen Kindschaft die Erweiterung der Empfängniszeit ausdrücklich zugelassen, so wäre die unvermeidliche Folge gewesen, daß hier bei bloßem Nachweis einer längeren Empfängniszeit und bei Nachweis des Beischlafs in dieser verlängerten Empfängniszeit ohne weiteres die Fiktion der Empfängnis aus diesem Beischlaf (§ 1717 Abs. 1) hätte Platz greifen müssen.

Eine derartige Erleichterung des Beweises sollte aber — wie das Gesetz selbst in § 1592 Abs. 2 besagt — nur „zu Gunsten der Ehelichkeit des Kindes" zugelassen werden; für die uneheliche Kindschaft wurde eine entsprechende Vereinfachung des Beweises verweigert.

Auch unter diesem Gesichtspunkt ist es verständlich, warum das Gesetz dort, wo es sich um eine bloße Fiktion der unehelichen Vaterschaft handelt, über eine etwaige längere Empfängniszeit keine ausdrückliche Bestimmung getroffen hat wie in § 1592 Abs. 2 zu Gunsten der Ehelichkeit.

Mit unserem Standpunkt ist schließlich die Bemerkung vielleicht nicht unvereinbar, die sich über die vorliegende Frage in den Protokollen zum BGB. findet. In den Protokollen

S. 6206 heißt es nämlich nur: . . „Dagegen soll die bei jenem § (1467 des I. Entwurfs, jetzt § 1592) zu Gunsten der Ehelichkeit beschlossene Zulassung des Nachweises einer längeren Empfängniszeit hier (sc. bei § 1717 BGB.) keine Aufnahme finden" [51]).

Nach unserer Auffassung wird hiermit nichts anderes als der richtige Satz ausgesprochen, daß bei der unehelichen Kindschaft — anders als bei der ehelichen — der bloße Nachweis einer längeren Schwangerschaftsdauer für sich allein nicht ausreichen soll, um — wie bei der ehelichen Kindschaft die Vermutung des ehelichen Beischlafs und die Rechtsfolge der Ehelichkeit (§ 1591) — so hier die Fiktion der Zeugung durch den festgestellten Beischläfer (§ 1717 Abs. 1) Platz greifen zu lassen. Mit anderen Worten: der bei normaler Schwangerschaftsdauer sonst ausreichende Nachweis der Beiwohnung in der Empfängniszeit soll — abweichend von dem zu Gunsten der Ehelichkeit aufgestellten Prinzip des § 1592 — in Verbindung mit dem bloßen Nachweis einer längeren Empfängniszeit bei spätgeborenen Kindern nicht mehr genügen; vielmehr soll es hier bei den allgemeinen Beweisgrundsätzen verbleiben, denen zufolge die Voraussetzungen der wirklichen, nicht der fingierten Vaterschaft des § 1717, darzutun sind; es muß also hier der schwierige, aber begrifflich keineswegs unmögliche Beweis erbracht werden, daß die außerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit vollzogene Beiwohnung des Konkumbenten auch tatsächlich zur Empfängnis des fraglichen Kindes geführt hat.

Daß dieser Nachweis vollkommen abgeschnitten sein solle, ist aus dem angeführten Satz der Protokolle nicht zu entnehmen, da hier nur die Aufnahme einer dem Prinzip des § 1592 entsprechenden Beweiserleichterung bei Spätgeburten abgelehnt worden ist.

51) Mugdan, Materialien 4, 1032.

Fassen wir das Ergebnis der vorstehenden Untersuchung zusammen, so kommen wir zu dem Schluß:

Die Unterhalts- und Ersatzpflicht aus §§ 1708—1716 liegt ob:

a) sowohl demjenigen, der wirklich Vater des unehelichen Kindes ist,

b) als auch demjenigen, dessen Vaterschaft wegen der bloßen Möglichkeit ihres Bestehens gemäß §§ 1717, 1718 fingiert wird, und der darum „als Vater des unehelichen Kindes im Sinne der §§ 1708—1716 gilt".

§ 5. Uneheliche Vaterschaft im Sinne der §§ 1719, 1720 BGB.

1. — Der § 1719 lautet:

„Ein uneheliches Kind erlangt dadurch, daß sich der Vater mit der Mutter verheiratet, mit der Eheschließung die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes."

§ 1720 fährt dann fort:

„Der Ehemann der Mutter gilt als Vater des Kindes, wenn er ihr innerhalb der im § 1717 Abs. 2 bestimmten Empfängniszeit beigewohnt hat, es sei denn, daß es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Mutter das Kind aus dieser Beiwohnung empfangen hat.

Erkennt der Ehemann seine Vaterschaft nach der Geburt des Kindes in einer öffentlichen Urkunde an, so wird vermutet, daß er der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt habe."

In den Bestimmungen dieser beiden Paragraphen findet Natter[1]) eine Bestätigung seiner Lehre, daß das BGB. unter unehelicher Vaterschaft keinen einheitlichen Begriff verstehe, daß

1) ArchCiv.Prax. 95 S. 134 f., 139 f.

vielmehr „die materiellen Voraussetzungen der unehelichen Vaterschaft verschieden gestaltet seien, je nachdem es sich um das Ehehindernis des § 1310, die Legitimation durch nachfolgende Ehe oder um die Alimentenverpflichtung handele."

„Vaterschaft im Sinne des § 1719" — so meint Ratter — bedeute argumento § 1720 nichts anderes als bloße Möglichkeit der Vaterschaft. Mit anderen Worten: der Begriff „Vater" des unehelichen Kindes, der im § 1719 erwähnt sei, bedeute „wie aus § 1720 unzweifelhaft hervorgehe" [2]), schlechthin jeder Konkumbent der Mutter.

Diese Auffassung beruht auf einer irrigen Vorstellung des Verhältnisses, in welchem der § 1720 zu dem § 1719 steht. Nach der hier bekämpften Auffassung enthält der § 1720 — ähnlich wie wir es bezüglich des § 1717 BGB. kennen gelernt haben — eine Erläuterung, eine erschöpfende Definition des im § 1719 verwendeten Begriffs: „Vater des unehelichen Kindes". Nach jener Auffassung bestimmt und begrenzt der § 1720 erschöpfend die materiellen Voraussetzungen, bei deren Vorliegen jemand als „unehelicher Vater" im Sinne der Legitimation durch nachfolgende Ehe anzusehen sei. Indem der § 1720 die exceptio plurium hier abschneidet, und grundsätzlich die bloße Beischlafvollziehung mit der Mutter während der Konzeptionszeit für die Legitimation des Kindes genügen läßt, will das BGB. — jener Auffassung zufolge — hier unter „Vaterschaft" im Sinne des § 1719 nicht wie anderwärts eine wirkliche Vaterschaft, die physiologische Abstammung, sondern lediglich „die Möglichkeit der unehelichen Vaterschaft" verstanden wissen [3]).

Die Konsequenz dieser Auffassung wäre hier wiederum, daß früh- oder spätgeborene Kinder, die außerhalb der gesetz-

2) a. a. O. 185.
3) Ratter, a. a. O. 184.

lichen Empfängniszeit empfangen worden sind, von der Legitimation durch nachfolgende Ehe schlechthin ausgeschlossen wären. Denn der § 1720 läßt ja nur dann den Ehemann der Mutter als Vater des Kindes „gelten", wenn er der Mutter innerhalb der im § 1707 Abs. 2 bestimmten Empfängniszeit beigewohnt hat, also zwischen dem 302. bis 181. Tage vor der Geburt des Kindes. Da in § 1720 bezüglich der Empfängniszeit auf § 1717 Abs. 2, und nicht etwa auf § 1592 verwiesen wird, so muß die Theorie, die in § 1720 eine erschöpfende Regelung der materiellen Voraussetzungen der Legitimation erblickt, folgerecht den Nachweis einer längeren oder kürzeren Schwangerschaftsdauer unter allen Umständen für unzulässig halten[4]).

Nach unserer Auffassung kann in § 1720 von einer erschöpfenden Begriffsbestimmung der unehelichen Vaterschaft im Sinne der Legitimation nicht die Rede sein.

Dem widerspricht vor allem auch hier, daß die theoretische Grundlage der Legitimation nicht die einfache Tatsache der Beiwohnung in der Empfängniszeit ist, sondern das verwandtschaftliche Band der „Vaterschaft". Das zeigt sich wieder daran, daß nur die Anerkennung der „Vaterschaft" die Beischlafsvermutung des § 1720 begründet. Das kommt ferner darin zum Ausdruck, daß der unmittelbar vorhergehende § 1719 schlechthin von demjenigen spricht, welcher „Vater" des unehelichen Kindes ist. Wenn dann der § 1720 Abs. 1 denjenigen als Vater „gelten" läßt, dessen Vaterschaft zwar nicht wirklich erwiesen, aber immerhin möglich ist, dann widerspricht es aller Vernunft, wenn die Wohltaten eines Instituts, welches die Zahl der unehelichen Kinder im öffentlichen Interesse mög-

4) Diese Konsequenz zieht in der Tat: Ullersberger, Das Rechtsverhältnis der unehelichen Kindschaft 63 f., und Opet, Verwandtschaftsrecht 37.

lichst herabmindern will[5]), nur den möglicherweise von dem Ehemann gezeugten unehelichen Kindern zu Teil werden sollen, nicht aber auch den erwiesenermaßen von ihm gezeugten.

Die Legitimation durch nachfolgende Ehe verfolgt rechtspolitisch den Zweck, so viel als möglich auf die nachträgliche Eheschließung der Erzeuger hinzuwirken, damit „das verletzte Prinzip der Ehe anerkannt, der Widerspruch mit der sittlichen Ordnung beseitigt und das begangene Unrecht geheilt werde“[6]). Aus diesem Grunde gerade wird in § 1720 der schwierige Beweis der Vaterschaft für gewisse Fälle ganz außerordentlich — noch mehr als in § 1717 — erleichtert. Wäre es da nicht ein schlimmer Verstoß gegen den vernünftigen Sinn des Gesetzes, wenn man leugnet, daß die Rechtsfolgen, die an eine bloß mögliche, daher leichter zu beweisende Vaterschaft geknüpft sind, erst recht bei der wirklichen, schwerer zu erweisenden Vaterschaft Platz greifen müssen?

Enthält aber der § 1720 Abs. 1 keine erschöpfende Begriffsbestimmung des unehelichen Vaters, dann kann sich auch hier wiederum nur fragen, ob wir es in § 1720 Abs. 1 mit einer Vermutung oder aber mit einer Fiktion der Vaterschaft zu tun haben.

2. — Ganz analog wie bei § 1717 findet sich dann auch hier wiederum als herrschende Theorie diejenige, die in § 1720 Abs. 1 eine echte Gesetzesvermutung der Vaterschaft erblickt. Thema probandum ist nach der herrschenden Theorie das Bestehen der wirklichen Vaterschaft; aber prozessual wird der Beweis dieser Vaterschaft durch das Eingreifen der Vaterschaftsvermutung dem Beweisführer zum größten Teil erlassen[7]).

5) Motive 4 S. 919, 934 f.

6) Motive 4, 919.

7) Als „Vermutung“ wird der § 1720 Abs. 1 aufgefaßt insbesondere

In richtiger Konsequenz dieser Theorie erkennt denn auch die herrschende Lehre **an dieser Stelle** ausdrücklich an, daß ein **außerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit empfangenes** Kind ebenfalls der Legitimation durch nachfolgende Ehe fähig sei[8]); es greife eben in diesem Falle nur die „gesetzliche Vermutung des § 1720 Abs. 1“ nicht Platz, so daß alsdann „die natürliche Vaterschaft des Ehemanns mit den gewöhnlichen Beweismitteln darzutun sei“[9]).

Es ist freilich mehr als ungereimt, wenn die herrschende Vermutungstheorie hier bei der Legitimation (§ 1720) die richtige Konsequenz zieht und den Nachweis einer kürzeren oder längeren Schwangerschaftsdauer anstandslos zuläßt, während sie bezüglich der Alimentationspflicht bei dem ganz analog gefaßten § 1717 höchst inkonsequent diesen Nachweis unter allen Umständen ausschließt[10]); und das, obwohl der § 1720 hinsichtlich der Dauer der gesetzlichen Empfängniszeit nicht etwa auf § 1592, sondern ausdrücklich auf § 1717 Abs. 2 verweist!

Ueber den Widerspruch, dessen die herrschende Lehre sich hier schuldig macht, ist sie bisher ohne den Versuch einer Erklärung hinweggegangen.

3. — Aus denselben Gründen, aus denen wir bei Erörterung des § 1717 die Vermutungstheorie verworfen haben[11]), halten wir sie, trotz ihres richtigen Ergebnisses bezüglich der Früh- und Spätgeburten, auch hier für verfehlt.

---

von **Dernburg**, Bürg. Recht 4, 296; **Knitschky** 34; F. **Leonhard**, Die Beweislast 427; **Planck**, BGB. 4 § 1720 Bem. 1; **Spahn** 23; **Staudinger-Engelmann**, BGB. 4 § 1720 Bem. 2; **Wach**, ZZP. 29, 371.

8) So ausdrücklich **Dernburg**, Bürg. Recht 4, 296; **Knitschky** 34; **Planck** 4 § 1720 Bem. 1a (S. 476); **Spahn** 24.

9) Worte **Dernburgs**, Bürg. Recht 4, 296

10) Siehe oben § 4 bei Note 7—10 (S. 434).

11) Siehe oben § 4 Nr. 6 und 7 (S. 445 ff).

Der § 1720 enthält nach unserer Ansicht nicht eine lediglich prozeßrechtlich wirksame Beweisnorm, sondern in erster Reihe materiellrechtliche Bestandteile, indem er den materiellrechtlichen Begriff der unehelichen Vaterschaft für den Bereich der Legitimation durch nachfolgende Ehe vermittelst besonderer Fiktion[12]) erweitert: es soll nicht nur derjenige, der wirklich der Vater des Kindes ist, auf Grund der Vorschrift des § 1719, sondern außerdem auch derjenige, der gemäß § 1720 wegen der bloßen Möglichkeit der Vaterschaft als Vater fingiert wird („gilt"), durch seine Heirat mit der Mutter die Legitimation des Kindes herbeiführen können.

Enthielte der § 1720 eine nur prozessual wirksame „Vermutung" der Vaterschaft, dann würde gemäß § 292 ZPO. jeder Beweis des Gegenteils zulässig sein. Hier aber ist nur der einzige Gegenbeweis der „offenbaren" Unmöglichkeit der Zeugung zugelassen; jeder andere Gegenbeweis, z. B. auch die exceptio plurium, ist hier ausgeschlossen. Eine solche Beweisbeschränkung ist mit der Vermutungstheorie unvereinbar und muß notwendig zur Annahme einer Fiktion führen. Denn nur die Fiktion als ein materiellrechtliches Gebilde gestattet es, die bloß mögliche Vaterschaft unter Beschränkung des Gegenbeweises der wirklichen Vaterschaft gleichzustellen, und diese Gleichstellung mit materiellrechtlicher Wirkung ausschließlich auf das kleine Gebiet der Legitimation durch nachfolgende Ehe zu beschränken.

Für die Annahme einer Fiktion in § 1720 Abs. 1 spricht endlich auch hier die Wortfassung.

Während nämlich in Abs. 2 desselben Paragraphen eine echte Vermutung des Beischlafs aufgestellt und expressio verbis

12) So auch Hedemann, Die Vermutung 249; er findet ebenfalls in § 1720 Abs. 1 den „materiellrechtlichen Typus der Fiktion" verkörpert.

die Wendung gebraucht wird: „es wird vermutet . .“, bedient sich das Gesetz unmittelbar vorher in Abs. 1 des nämlichen Paragraphen des für die Fiktion typischen Zeitworts „gelten“. Unsere Ansicht stimmt daher auf das genaueste mit dem Sprachgebrauch des Gesetzes überein. Die herrschende Lehre aber müßte eine heillose Sprachverwirrung darin erblicken, daß das Gesetz innerhalb eines und desselben Paragraphen zur Bezeichnung einer und derselben Rechtsfigur einmal den richtigen Ausdruck („vermuten“) und das andere Mal einen verkehrten und irreführenden Ausdruck („gelten“) zur Anwendung bringt.

4. — Wir fassen das Ergebnis dahin zusammen: Die Legitimation durch nachfolgende Ehe tritt in 2 Fällen ein:

a) wenn die Vaterschaft des Ehemanns ihrer bloßen Möglichkeit wegen gemäß § 1720 fingiert wird; nur für diesen Fall gelten die besonderen Beweiserleichterungen des § 1720, insbesondere die Beiwohnungsvermutung des § 1720 Abs. 2;

b) oder wenn die Vaterschaft wirklich besteht (§ 1719); in diesem Fall ist nicht nur die Beiwohnung, sondern überhaupt die tatsächliche Erzeugung durch den Ehemann in vollem Umfang nach den allgemeinen Beweisgrundsätzen nachzuweisen [13]).

Die Behauptung Natters, daß bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe die uneheliche Vaterschaft an einen ganz abweichenden materiellen Tatbestand geknüpft sei und nichts anderes als die bloße Möglichkeit der Vaterschaft bedeute [14]), erscheint hiernach zum mindesten inkorrekt. Vielmehr ist der Begriff der unehelichen Vaterschaft zunächst eben derselbe, wie überall anderwärts; er bedeutet: wirkliche Vaterschaft. Aber dieser Begriff hat für den Bereich der Legitimation durch nachfolgende Ehe zu Gunsten der Ehelichkeit eine exzeptionelle Erweiterung, eine Ausdehnung erfahren; er hat gleichsam

13) Vergl. oben § 2 Nr. 3.

14) ArchCivPrax. 95 S. 134, 135.

eine breitere Basis dadurch erhalten, daß bei normaler Schwangerschaftsdauer auch schon die mögliche Vaterschaft in Gestalt einer Fiktion der wirklichen Vaterschaft gleichwertig zur Seite gestellt wird.

§ 6. Uneheliche Vaterschaft im Sinne des § 1723 BGB.

Nach § 1723 kann ein uneheliches Kind „auf Antrag seines Vaters" durch eine Verfügung der Staatsgewalt für ehelich erklärt werden. Materielle Voraussetzung dieser Rechtswirkung, deren Eintritt allerdings seitens der Staatsgewalt willkürlich versagt werden kann (§ 1734), ist auch hier das wirkliche Bestehen der Vaterschaft[1]).

Gerade um das wirkliche Bestehen der Vaterschaft mit möglichster Sicherheit festzustellen[2]), muß der Vater hier in seinem Antrage die ausdrückliche Erklärung abgeben, daß er das Kind als das seinige anerkenne (§ 1725). Entspricht diese Anerkennung nicht der Wahrheit, so droht dem Antragsteller die Bestrafung wegen Unterdrückung des Personenstandes aus § 169 StGB.[3]) (Gefängnis bis zu drei Jahren, bei gewinnsüchtiger Absicht: Zuchthaus bis zu zehn Jahren).

Aus demselben Grunde kann und muß erforderlichenfalls die mit der Ehelichkeitserklärung betraute Behörde durch Anstellung amtlicher Ermittelungen noch besonders prüfen, ob das Bekenntnis der Vaterschaft der Wirklichkeit entspricht[4]).

---

1) So auch Natter, a. a. O. 135/136, Verfügung des Badischen Justizministers vom 15. März 1900 in „Badische Rechtspraxis" 1900 S. 182 Nr. 191.

2) Motive zum BGB. 4, 938.

3) Urteil des RG. vom 19. Febr. 1891 in RGSt. 21, 411; Urteil des RG. vom 11. Nov. 1901 in RGSt. 34, 427; Urteil vom 1. Dez. 1900 in RGSt. 34, 24.

4) Motive zum BGB. 4, 938.

In Preußen hat insbesondere das für die Vorbereitung der Entscheidung zuständige Amtsgericht „alle bei der Entscheidung zu berücksichtigenden Verhältnisse festzustellen“ [5]), „die zur Feststellung erforderlichen Ermittelungen von Amts wegen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen“ [6]); außerdem kann auch der Oberlandesgerichtspräsident, durch dessen Hand der gutachtliche Bericht des Amtsgerichts geht, weitere Ermittelungen anordnen [7]), und schließlich kann noch der Justizminister, da die Legitimation reine Gnadensache ist, eine über jeden Zweifel erhabene Aufklärung der wirklichen Abstammung vorschreiben.

Freilich ist es auf die rechtliche Wirksamkeit der einmal erfolgten Ehelichkeitserklärung „ohne Einfluß, wenn der Antragsteller nicht der Vater des Kindes ist“ (§ 1735). Aber dieser Satz enthält eine Ausnahmebestimmung, die lediglich im Interesse der Rechtssicherheit aufgestellt worden ist [8]). Gerade diese Sonderbestimmung bestätigt vielmehr die Regel, daß grundsätzlich nur das *wirkliche* Bestehen der Vaterschaft die Grundlage für die Ehelichkeitserklärung bilden kann.

Dieser Grundsatz kann trotz des § 1735 von praktischer Bedeutung namentlich dann werden, wenn der Antragsteller über das wirkliche Bestehen seiner Vaterschaft sich in einem wesentlichen Irrtum befunden hat [9]), oder zur Anerkennung seiner in Wirklichkeit nicht bestehenden Vaterschaft durch arglistige Täuschung oder durch Drohung bestimmt worden ist

---

5) Allg. Verfügung vom 14. Dez. 1899 (JMBl. 784) § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 2.

6) FGG. § 12.

7) So ausdrücklich Allg. Verf. vom 14. Dez. 1899 (JMBl. 784) § 3 Abs. 2.

8) Motive 4 S. 938, 939.

9) Es liegt dann ein „Irrtum über die Eigenschaft der Person“ des unehelichen Kindes als eines von ihm erzeugten vor (§ 119 Abs. 2).

(BGB. §§ 119, 123); man denke z. B. an Personenverwechselung oder an Kindesunterschiebung. Der Antragsteller kann in solchen Fällen sein Anerkenntnis der Vaterschaft sowie seinen Antrag gemäß § 1731 BGB. anfechten[10]) und so die Unwirksamkeit der Ehelichkeitserklärung herbeiführen.

§ 7. Die Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft schlechthin.

1. — Fassen wir die bisherigen Untersuchungen zusammen, so gelangen wir zu dem Gesamtergebnis, daß sämtliche Rechtswirkungen, die im BGB. an die uneheliche Vaterschaft angeknüpft sind — Ehehindernis, Alimentationsanspruch, Legitimation — jedenfalls auf einem und demselben einheitlichen Tatbestand beruhen können: nämlich auf dem wirklichen Bestehen der Vaterschaft.

Zwei dieser Rechtswirkungen, der Alimentenanspruch und die Legitimation durch nachfolgende Ehe, können allerdings außerdem auch noch auf einen anderen, einfacheren Tatbestand gestützt werden: auf die Tatbestände der fingierten Vaterschaft, wie sie einerseits in §§ 1717, 1718 und andererseits in § 1720 normiert sind. Aber unter allen Umständen ist das Bestehen der wirklichen Vaterschaft die einheitliche, sich überall gleichbleibende Grundlage für sämtliche Rechtsbeziehungen, die das BGB. an die uneheliche Vaterschaft angeknüpft hat.

Es ist daher unrichtig, wenn Natter behauptet[1]), daß es einen einheitlichen Begriff der unehelichen Vaterschaft im BGB. nicht gebe, daß „vielmehr mit den Worten: ‚uneheliche Vaterschaft' lediglich ein Tatbestand beschrieben werde, der jedesmal verschieden gestaltet sei, je nachdem auf ihn das Ehe-

10) So auch Dernburg, Bürg. Recht 4, 300 f. (§ 92 Nr. III, 3) und Urteil des RG. vom 30. Juni 1904, RGZ. 58, 354.

1) ArchCivPrax. 95 S. 140, 148.

hindernis des § 1310, die Legitimation durch nachfolgende Ehe oder die Alimentenverpflichtung gestützt wird."

2. — Ist aber der Begriff der „unehelichen Vaterschaft" im BGB. von vornherein überall derselbe, und kann dieser einheitlich gestaltete Begriff die bleibende Grundlage für eine Mehrheit von Rechtswirkungen (Ehehindernis, Alimentation, Legitimation) bilden, dann muß im Widerspruch mit Eichbaum[2]), Natter[3]), R. Leonhard[4]), Ullersberger[5]) und mit dem Beschluß des Kammergerichts vom 18. Sept. 1901[6]) anerkannt werden, daß das Verhältnis des unehelichen Kindes zu seinem Vater ein Rechtsverhältnis im technischen Sinne des § 256 ZPO. ist, und daß demgemäß bei gegebenem rechtlichen Interesse von jedem der beiden Teile auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des Rechtsverhältnisses der unehelichen Vaterschaft schlechthin geklagt werden kann[7]).

---

2) Hess. Rspr. 4, 87: „Ein derartiger Feststellungsanspruch (auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft) existiert nicht. Denn mit jenem Antrag wird nicht, wie § 256 ZPO. es verlangt, Feststellung eines Rechtsverhältnisses, sondern Feststellung einer Tatsache . . begehrt."

3) Natter, a. a. O. 140: „Die natürliche Vaterschaft ist etwas rein Tatsächliches, das sich zur Feststellung im Prozeß nicht eignet."

4) In Ecks Vorträgen 2, 514 Anm. 2: „. . die Vaterschaft, die im Sinne des BGB. kein vollwertiges Rechtsverhältnis ist, das eine richterliche Feststellung verdient". Ebenso S. 516 Anm. 2 und 3.

5) A. a. O. 34: „Auch von der rechtskräftigen Feststellung des Vaterschaftsverhältnisses selbst kann keine Rede sein, da dasselbe lediglich als Grundlage eines Alimentenanspruchs von rechtlicher Bedeutung ist."

6) OLGRspr. 3, 191 f.: „Dem unehelichen Vater steht ein Recht schlechthin, daß festgestellt wird, daß ein Kind von ihm als uneheliches erzeugt ist, nicht zu. Diese Feststellung würde für den Vater lediglich die Feststellung einer Tatsache ohne rechtliche Wirkungen für ihn bedeuten."

7) Gleicher Ansicht: Dernburg, Bürg. Recht 4 S. XVI (Berichtigung zu S. 221 Anm. 7); auch S. 287 § 89 Note 10; Eck, Vorträge 2, 516; Hellwig, Anspruch und Klagrecht 400 Note 4, Zivilprozeßrecht 1, 195 Note 20; Planck, BGB. 4 Vorbem. 8 vor § 1705; Spahn 43;

Dabei ist im Auge zu behalten, daß unter „unehelicher Vaterschaft" hier immer nur das wirkliche Bestehen der Vaterschaft zu verstehen ist. Die Frage, ob etwa der durch die fingierte Vaterschaft (§§ 1717, 1718) erweiterte Begriff der „unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708 bis 1716" ebenfalls ein der Feststellungsklage zugängliches Rechtsverhältnis darstellt, soll im folgenden Paragraphen erörtert werden.

Das wirkliche Bestehen der unehelichen Vaterschaft bildet aber nicht nur ein Rechtsverhältnis, sondern zugleich auch ein „familienrechtliches Verhältnis" im Sinne der §§ 194 Abs. 2 und 200 Satz 2 BGB., einen „Familienstand" (§ 1773 Abs. 2). Das Verhältnis ist ein echtes Statusverhältnis[8], ein Personenstand, auch im Sinne des Personenstandsgesetzes und des Strafgesetzbuchs. Mit Recht hat daher das Reichsgericht die wahrheitswidrige Anerkennung der unehelichen Vaterschaft als eine „Veränderung des Personenstandes" des unehelichen Kindes im Sinne des § 169 StGB. aufgefaßt (RGSt. 34, 427); die strafbare Handlung ist gegen den „Personenstand" des Kindes gerichtet, weswegen das Kind (eventuell durch seinen Vormund) im Strafverfahren im Falle des § 435 Abs. 2 StPO. als Nebenkläger auftreten kann.

Die Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft schlechthin ist daher eine wirkliche Statusklage.

Diese Klage ist natürlich mit der Klage auf Feststellung der Unehelichkeit eines während der Ehe oder innerhalb 302 Tagen nach Auflösung der Ehe geborenen Kindes gemäß

Staudinger-Engelmann 4 § 1717 Bem. 4. Urteil des LG. Görlitz vom 18. März 1902 (JW. 1902 S. 244); Beschluß des Kammergerichts vom 29. Mai 1902 (OLGR. 5, 43).

8) So auch Urteil des Reichsgerichts vom 11. Nov. 1901 (RGSt. 34, 427) und schon für das Bayrische Landrecht RGSt. 13, 130 ff. A. M. Hellwig, Zivilprozeß 1, 195 Note 20.

§ 1593 BGB.[9]) nicht zu verwechseln. Bei der letzteren Klage handelt es sich nur um die Frage, ob ein Kind die Eigenschaft eines ehelichen oder eines unehelichen hat, während bei unserer Klage die Abstammung des unehelichen Kindes von einem bestimmten unehelichen Erzeuger in Frage steht.

3. — Unser Ergebnis, daß es in der Tat eine Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft gibt, findet an zwei Stellen im Gesetzestexte selbst eine ausdrückliche Bestätigung.

Zunächst spricht der durch die Zivilprozeßnovelle vom 17. Mai 1898 neu eingeführte § 644 ZPO. ausdrücklich von einem „Rechtsstreit, der die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft zum Gegenstande hat".

Für einen solchen Rechtsstreit sollen nach § 644 ZPO. die besonderen Prozeßbestimmungen, welche in §§ 640—643 für Statusprozesse über eine eheliche Kindschaft aufgestellt sind (Inquisitionsmaxime, Offizialbetrieb, Mitwirkung der Staatsanwaltschaft, Rechtskraftwirkung für und gegen alle ꝛc.) keine Geltung haben.

Der Wortlaut des § 644 läßt gar keinen Zweifel, daß die Zivilprozeßnovelle hier nicht bloß an eine Feststellungsklage gedacht hat, mit der nur die eine oder die andere der mit der unehelichen Vaterschaft verknüpften Rechtswirkungen geltend gemacht wird, etwa Feststellung der bloßen Alimentationspflicht. Vielmehr hat das Gesetz hier bewußt — wie die Motive[10]) sich ausdrücken — „das, wenn auch nicht mit weitgehenden Wirkungen, so doch in einzelnen Richtungen anerkannte Status-

---

9) Vergl. über diese Klage Urteil des OLG. Cassel vom 8. Mai 1904 (OLG. 10, 284); Planck, BGB. 4 § 1593 Bem. 1 und 3.

10) Begründung zur Zivilprozeßnovelle von 1898 S. 135.

verhältnis der unehelichen Vaterschaft" im Auge gehabt.

Daß in § 644 ZPO. überhaupt von nichts anderem als der Feststellung des Statusverhältnisses der unehelichen Vaterschaft die Rede ist, ergibt sich weiterhin jedenfalls aus der Stellung dieses Paragraphen im 2. Abschnitt des 6. Buches der ZPO. Das 6. Buch hat nach seiner Ueberschrift nur „Ehesachen, Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern, und Entmündigungssachen" zum Inhalt. Und der 2. Abschnitt dieses Buchs handelt nach seiner Ueberschrift von nichts anderem als von dem „Verfahren in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande haben". In diesem Abschnitt werden außer unserer Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft nur die Klage auf Feststellung des Eltern- und Kindesverhältnisses, die Klage auf Feststellung der elterlichen Gewalt, die Klage auf Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes und auf Anfechtung der Anerkennung der Ehelichkeit durch den Ehemann der Mutter erwähnt.

Die Stellung des § 644 in diesem Abschnitt und im Zusammenhang mit diesen Klagen, endlich der Inhalt des § 644, daß die für Statusstreitigkeiten über eheliche Kindschaft geltenden besonderen Prozeßnormen bei einem „Rechtsstreit, der die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft zum Gegenstande hat", keine Anwendung finden sollen, lassen gar keine andere Deutung zu als die, daß es sich hier um eine wirkliche Statusklage über das Bestehen des Rechtsverhältnisses der unehelichen Vaterschaft handelt.

Dieser Einsicht kann sich auch Natter nicht verschließen[11], und der § 644 ZPO. ist ihm darum höchst unbequem. Da

11) ArchCivPrax. 95 S. 127 f., 141.

es nach seiner Ansicht eine Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft überhaupt nicht gibt, so sucht er den § 644 damit abzutun, daß er ihn als „gegenstandslos“ bezeichnet; „denn“ — so führt er aus — „der § 644 ZPO. enthält lediglich eine prozessuale Vorschrift, welche die privatrechtlichen Bestimmungen über die Natur der unehelichen Vaterschaft und der an sie geknüpften Rechtswirkungen unberührt läßt“ [12]).

Dieser Vorwurf Natters, daß der Gesetzgeber in § 644 etwas Leeres und Sinnloses gesagt habe, muß das Mißtrauen gegen die Richtigkeit der Natterschen Gesetzesauslegung naturgemäß erhöhen, um so mehr, wenn man bedenkt, daß der § 644 ZPO. erst im Zusammenhange und gleichzeitig mit dem BGB. Gesetz geworden ist. Die Zivilprozeßnovelle von 1898 und das Bürgerliche Gesetzbuch sind — wie Seib einmal trefflich hervorhebt [13]) — nicht etwa unabhängig voneinander zu stande gekommen, sondern stehen im Verhältnis einer von Haus aus beabsichtigten Korrelativität zueinander. Sie ergänzen sich; sie erklären und unterstützen einander.

Eine Auslegung, welche die zwischen diesen beiden Gesetzbüchern bestehende geistige Einheit, ihr gewolltes harmonisches Ineinandergreifen zu leugnen genötigt ist und einem dieser Gesetzbücher den Vorwurf machen muß, es habe vom Standpunkt des anderen Gesetzbuchs aus etwas Unvernünftiges und Nichtiges verordnet, eine solche Auslegung kann schwerlich das Richtige getroffen haben und muß jedenfalls hinter die Auslegung zurücktreten, welche in der Zivilprozeßnovelle eine bedeutungsvolle Bestätigung des im Bürgerlichen Gesetzbuch enthaltenen materiellen Rechts findet.

---

12) a. a. O. 141.

13) ArchCivPrax. 94, 339 f., gegen Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts 1 S. 19 zu Note 16 und S. 22 litt. b.

verhältnis der unehelichen Vaterschaft" im Auge gehabt.

Daß in § 644 ZPO. überhaupt von nichts anderem als der Feststellung des Statusverhältnisses der unehelichen Vaterschaft die Rede ist, ergibt sich weiterhin jedenfalls aus der Stellung dieses Paragraphen im 2. Abschnitt des 6. Buches der ZPO. Das 6. Buch hat nach seiner Ueberschrift nur „Ehesachen, Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern, und Entmündigungssachen" zum Inhalt. Und der 2. Abschnitt dieses Buchs handelt nach seiner Ueberschrift von nichts anderem als von dem „Verfahren in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande haben". In diesem Abschnitt werden außer unserer Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft nur die Klage auf Feststellung des Eltern- und Kindesverhältnisses, die Klage auf Feststellung der elterlichen Gewalt, die Klage auf Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes und auf Anfechtung der Anerkennung der Ehelichkeit durch den Ehemann der Mutter erwähnt.

Die Stellung des § 644 in diesem Abschnitt und im Zusammenhang mit diesen Klagen, endlich der Inhalt des § 644, daß die für Statusstreitigkeiten über eheliche Kindschaft geltenden besonderen Prozeßnormen bei einem „Rechtsstreit, der die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft zum Gegenstande hat", keine Anwendung finden sollen, lassen gar keine andere Deutung zu als die, daß es sich hier um eine wirkliche Statusklage über das Bestehen des Rechtsverhältnisses der unehelichen Vaterschaft handelt.

Dieser Einsicht kann sich auch Natter nicht verschließen[11]), und der § 644 ZPO. ist ihm darum höchst unbequem. Da

11) ArchCivPrax. 95 S. 127 f., 141.

es nach seiner Ansicht eine Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft überhaupt nicht gibt, so sucht er den § 644 damit abzutun, daß er ihn als „gegenstandslos“ bezeichnet; „denn“ — so führt er aus — „der § 644 ZPO. enthält lediglich eine prozessuale Vorschrift, welche die privatrechtlichen Bestimmungen über die Natur der unehelichen Vaterschaft und der an sie geknüpften Rechtswirkungen unberührt läßt“ [12]).

Dieser Vorwurf Natters, daß der Gesetzgeber in § 644 etwas Leeres und Sinnloses gesagt habe, muß das Mißtrauen gegen die Richtigkeit der Natterschen Gesetzesauslegung naturgemäß erhöhen, um so mehr, wenn man bedenkt, daß der § 644 ZPO. erst im Zusammenhange und gleichzeitig mit dem BGB. Gesetz geworden ist. Die Zivilprozeßnovelle von 1898 und das Bürgerliche Gesetzbuch sind — wie Geib einmal trefflich hervorhebt [13]) — nicht etwa unabhängig voneinander zu stande gekommen, sondern stehen im Verhältnis einer von Haus aus beabsichtigten Korrelativität zueinander. Sie ergänzen sich; sie erklären und unterstützen einander.

Eine Auslegung, welche die zwischen diesen beiden Gesetzbüchern bestehende geistige Einheit, ihr gewolltes harmonisches Ineinandergreifen zu leugnen genötigt ist und einem dieser Gesetzbücher den Vorwurf machen muß, es habe vom Standpunkt des anderen Gesetzbuchs aus etwas Unvernünftiges und Nichtiges verordnet, eine solche Auslegung kann schwerlich das Richtige getroffen haben und muß jedenfalls hinter die Auslegung zurücktreten, welche in der Zivilprozeßnovelle eine bedeutungsvolle Bestätigung des im Bürgerlichen Gesetzbuch enthaltenen materiellen Rechts findet.

---

12) a. a. O. 141.

13) ArchCivPrax. 94, 339 f., gegen Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts 1 S. 19 zu Note 16 und S. 22 litt. b.

4. — Aber auch im BGB. selbst findet sich eine Stelle, welche ausdrücklich von einer Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft spricht. Es ist dies der von Natter und auch von den übrigen Schriftstellern in diesem Zusammenhange bisher außer acht gelassene § 1883 BGB. Dieser Paragraph handelt von der Beendigung der Vormundschaft über ein uneheliches Kind. Er lautet in Abs. 1:

„Wird der Mündel durch nachfolgende Ehe legitimiert, so endigt die Vormundschaft erst dann, wenn die Vaterschaft des Ehemannes durch ein zwischen ihm und dem Mündel ergangenes Urteil rechtskräftig festgestellt ist, oder die Aufhebung der Vormundschaft von dem Vormundschaftsgericht angeordnet wird."

Nach der Natterschen Theorie kann auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft ja überhaupt nicht geklagt werden, sondern nur „auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der durch nachfolgende Ehe oder Ehelichkeitserklärung erlangten rechtlichen Stellung eines ehelichen Kindes"[14].

Natter läßt somit im Falle der Legitimation durch nachfolgende Ehe nur **nach** erfolgtem Eheabschluß die Statusklage zwischen Vater und Kind zu, die natürlich dann nichts anderes als die „Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines ehelichen Eltern- und Kindesverhältnisses" im Sinne des § 640 ZPO. sein kann[15]. Eine Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft **vor** Eingehung der Ehe

14) Natter, a. a. O. 140.

15) So richtig Beschluß des OLG. Breslau vom 5. Dez. 1902 (OLGRspr. 7, 416); Urteil des OLG. Hamburg vom 22. Sept. 1903 (OLGRspr. 7, 417); auch Natter, a. a. O. 144.

des Vaters mit der Kindesmutter wird von Natter durchaus verworfen[16]).

Gerade dieser Hauptsatz der Natterschen Theorie wird durch § 1883 BGB. widerlegt.

Denn die in § 1883 erwähnte urteilsmäßige „Feststellung der Vaterschaft" bedeutet jedenfalls und in erster Reihe die vor der Eheschließung bereits erfolgte Feststellung der unehelichen Vaterschaft.

Das ergibt sich bei grammatischer Untersuchung des § 1883 vornehmlich aus der charakteristischen Wahl der Tempora der hier verwendeten Zeitwörter:

„Wird der Mündel durch nachfolgende Ehe legitimiert (Praesens), so endigt (Praesens) die Vormundschaft erst dann, wenn die Vaterschaft des Ehemanns durch ein zwischen ihm und dem Mündel **ergangenes** (Participium perfectum) Urteil rechtskräftig festgestellt **ist**[17]) (Perfectum) oder die Aufhebung der Vormundschaft . . angeordnet **wird** (Praesens)."

Wie diese auffällige zweimalige Wahl des Perfektums inmitten lauter Präsensformen beweist, geht der Gesetzgeber selbst von der Anschauung aus, daß die Feststellung der Vaterschaft zeitlich der Eheschließung vorausgegangen ist, mit anderen Worten, daß durch das Urteil, welches zwischen Ehemann und Mündel „ergangen" war, die uneheliche Vaterschaft „festgestellt worden ist".

Hätte dem Gesetzgeber dagegen die Nattersche Ansicht

---

16) Natter, a. a. O. S. 140, 144.

17) „. . festgestellt ist" (nicht „festgestellt wird") — eine Form des Perfektums, wie sie sich z. B. auch in § 1312 findet: „Eine Ehe darf nicht geschlossen werden zwischen einem wegen Ehebruchs geschiedenen Ehegatten und demjenigen, mit welchem der geschiedene Ehegatte den Ehebruch begangen hat, wenn dieser Ehebruch in dem Scheidungsurteil als Grund der Scheidung festgestellt ist."

vorgeschwebt, daß **nur nach** erfolgter Eheschließung auf Feststellung des ehelichen Kindschaftsverhältnisses geklagt werden könne, dann wäre kein Grund abzusehen, warum der § 1883 nicht wenigstens die alsdann sprachlich allein richtige Satzkonstruktion erhalten hätte; es hätten dann die beiden charakteristischen Perfektformen ebenfalls in der Präsensform gefaßt werden müssen, wie das auch sonst dem Sprachgebrauch des BGB., z. B. in § 864 Abs. 2[18]), entspricht. Der § 1883 hätte dann zum mindesten lauten müssen:

„Wird der Mündel durch nachfolgende Ehe legitimiert, so endigt die Vormundschaft erst dann, wenn die Vaterschaft des Ehemanns durch ein zwischen ihm und dem Mündel **ergehendes** Urteil rechtskräftig festgestellt **wird**, oder die Aufhebung der Vormundschaft . . . angeordnet wird."

Aber selbst diese Ausdrucksweise wäre ganz ungewöhnlich und sonderbar gewesen, da es **nach erfolgter Eheschließung** gemäß der Terminologie des Gesetzes nur eine „Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Eltern- und Kindesverhältnisses" gibt[19]), nicht aber eine „Klage auf Feststellung der (ehelichen) Vaterschaft".

§ 8. Die Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 BGB.

1. — Wenn wir im vorstehenden den Nachweis erbracht zu haben glauben, daß die uneheliche Vaterschaft schlechthin, ohne einschränkende Beziehung auf irgend eine spezielle Rechtsfolge, ein der Feststellungsklage zugängliches Rechtsverhältnis ist, so ist damit noch keineswegs gesagt, daß nun alle in der

18) § 864 Abs. 2 BGB. lautet: „Das Erlöschen tritt auch dann ein, wenn nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht **durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird**, daß . . ."

19) § 640 ZPO.; ebenso bereits § 1632 des I. Entwurfs zum BGB.

Praxis so häufig vorkommenden Klagen auf „Feststellung" oder auf „Anerkennung" der unehelichen Vaterschaft Klagen der bisher behandelten Art sind. Solche Klagen sind vielmehr in der weitaus meisten Zahl der Fälle trotz des allgemein formulierten Klagepetitums nur Klagen auf Feststellung der „unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708 bis 1716 BGB."

Sie werden regelmäßig im Zusammenhang mit dem Alimentationsanspruch des Kindes und nur im Hinblick auf ihn erhoben; sie stützen sich nicht auf den Tatbestand der wirklichen Vaterschaft, sondern auf denjenigen der leichter zu beweisenden fingierten Vaterschaft des § 1717 BGB.

Auch diese Vaterschaft in dem beschränkteren Sinne der acht Paragraphen 1708—1716 ist ein „Rechtsverhältnis", und darum einer selbständigen Feststellungsklage zugänglich. Denn auch der Tatbestand des § 1717 BGB. ist mit einer Mehrheit verschiedener Rechtswirkungen zwischen Vater und Kind ausgestattet. Diese sind:

a) der Anspruch auf Alimentierung des Kindes bis zum 16. Lebensjahr (§ 1708 Abs. 1);

b) der Anspruch auf Alimentierung über das 16. Lebensjahr hinaus bei körperlicher oder geistiger Gebrechlichkeit (§ 1708 Abs. 2);

c) der Anspruch des Erben des Kindes, insbesondere der Mutter (§ 1925), auf Erstattung der Beerdigungskosten, wenn das Kind, was wohl die Regel bildet, ohne Hinterlassung von Vermögen stirbt (BGB. §§ 1713 Abs. 2, 1968, 1990, ZPO. § 325)[1]).

Diese drei verschiedenen Rechtswirkungen resultieren nicht etwa die eine aus der anderen. Denn die rechtskräftige Ver-

1) Vergl. unten § 11 Nr. 4.

urteilung zur Zahlung von Alimenten bis zum 16. Lebensjahr bildet keineswegs eine notwendige Voraussetzung für den Anspruch auf Alimentierung über das 16. Lebensjahr hinaus oder für den Anspruch auf Erstattung der Beerdigungskosten, und folglich reicht auch die Rechtskraft eines Erkenntnisses, das lediglich zur Alimentierung bis zum 16. Lebensjahre verurteilt, nicht über diesen Leistungsanspruch auf Unterhalt hinaus [2]). Vielmehr erwachsen die vorbezeichneten drei Rechtswirkungen selbständig nebeneinander auf der gemeinsamen Grundlage der unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716, die dadurch zu einem der Feststellung fähigen „Rechtsverhältnis" wird.

Daß durch die einfache Verurteilung zur Alimentenzahlung noch nicht die uneheliche Vaterschaft im Sinne der §§ 1708 bis 1716 rechtskräftig festgestellt und demgemäß auch noch nicht Rechtskraft bezüglich der beiden übrigen Rechtswirkungen erzielt wird, das steht auch im Einklang mit dem für das heutige Prozeßrecht kaum mehr bestreitbaren Satz [3]), wonach die Entscheidung über einen aus einem Rechtsverhältnis resultierenden Anspruch nur bezüglich dieses Anspruchs, nicht aber auch bezüglich des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses in Rechtskraft erwächst.

2. — Aber da das Rechtsverhältnis der „unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716" seine Wirkungen nicht weiter als auf die vermögensrechtlichen Ansprüche aus jenen acht Paragraphen erstreckt, so dürfte es schwerlich auch als ein Statusverhältnis aufgefaßt werden.

Es handelt sich bei dieser Feststellungsklage gar nicht um

2) So treffend Beschluß des Kammergerichts vom 29. April 1902 (OLG. 5, 43); auch Petzold in JW. 1901 S. 707. Falsch die landgerichtlichen Beschlüsse in JW. 1902 S. 61, 63.

3) Hellwig, Zivilprozeßrecht 1 § 60 bei Note 5 (S. 390).

eine Feststellung des „Personenstandes" des Kindes oder um eine Feststellung des zwischen Vater und unehelichem Kind bestehenden „familienrechtlichen Verhältnisses" in der Totalität seiner Rechtsbeziehungen. Es handelt sich hier vielmehr nur um die Feststellung des Hilfsbegriffs der fiktiven unehelichen Vaterschaft in der Anwendungsbeschränkung auf die §§ 1708—1716 BGB. Diese Klage ist keine Statusklage, sondern eine gewöhnliche Feststellungsklage.

Die Sonderbestimmungen über die Kindschafts-Statusprozesse in den §§ 640—643 ZPO. sind daher nicht erst kraft der positiven Vorschrift in § 644 ZPO. auf die hier fragliche Feststellungsklage unanwendbar; der § 644 ZPO. hat nur den Statusprozeß über die uneheliche Vaterschaft schlechthin, nicht aber den gewöhnlichen Feststellungsprozeß über die „uneheliche Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 BGB." zum Gegenstand.

Aus demselben Grunde enthält eine Erklärung, durch die jemand seine Vaterschaft ausdrücklich nur „im Sinne der §§ 1708—1716 BGB." wahrheitswidrig anerkennt, keine „Veränderung des Personenstandes", wie sie in § 169 des Strafgesetzbuchs unter Strafe gestellt ist.

3. — In der Praxis wird trotz des ausdrücklichen Wortlauts des § 1717 BGB. meistens übersehen, daß der Begriff der „unehelichen Vaterschaft schlechthin" und derjenige der „unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716" sich keineswegs decken, daß sie verschiedene materielle Voraussetzungen und verschiedene Beweisthemata haben.

Daraus ergeben sich dann Schwierigkeiten hinsichtlich der Wirkungen der Rechtskraft, die sich bei sorgfältiger Unterscheidung dieser beiden Klagen mühelos beheben lassen[4]).

Zu diesem Zwecke wäre in erster Reihe zu verlangen, daß

4) Siehe unten §§ 11 und 12.

die Klaganträge und Urteilsformeln nicht mehr wie bisher schlechthin auf Feststellung (oder Anerkennung) der unehelichen Vaterschaft lauteten, sondern korrekt nur auf „Feststellung der unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1717 BGB." [5]).

Sobald die behauptete Vaterschaft nur auf die Tatbestandsmerkmale des § 1717 BGB. (Beiwohnung in der gesetzlichen Empfängniszeit) gestützt wird, dürfte — namentlich auch im Versäumnisverfahren gemäß § 331 Abs. 2 ZPO. — niemals anders als auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 BGB. erkannt werden [6]).

Zweiter Teil: Die besonderen Eigentümlichkeiten der Klagen auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft.

§ 9. Die Sachlegitimation.

1. — Bei der Statusklage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft schlechthin ist aktiv und passiv zur Sache legitimiert zunächst der wirkliche Vater.

Die wirkliche Vaterschaft muß behauptet und im Bestreitungsfalle bewiesen werden [1]). Die Beweislast dafür, daß das Kind aus der in Betracht kommenden Beiwohnung auch wirklich empfangen sei, trifft hier in vollem Umfange sowohl in der positiven als in der negativen Feststellungsklage denjenigen, der die Vaterschaft behauptet. Eine Berufung auf die Fiktionen der §§ 1717, 1718 und 1720 ist hier ungenügend.

Wenn also zur Begründung der Vaterschaft nur Beiwohnung in der gesetzlichen Empfängniszeit behauptet wird, so fehlt der Klage das erforderliche Fundament. Sofern man nicht durch wohlwollende Interpretation die Behauptung der

5) So auch Eck, Vorträge 2 S. 515 und 516 bei Note 1.

6) So wohl auch Beschluß des Kammergerichts vom 20. April 1903 in KGJ. 26, A 41.

1) Vergl. oben § 2 Nr. 3.

wirklichen Vaterschaft hineinträgt, muß dann die Klage wie bei jedem Mangel der Sachlegitimation[2]) auch ohne Rüge des Beklagten — insbesondere auch im Versäumnisfalle (§ 331 Abs. 2 ZPO.) — als nicht begründet abgewiesen werden.

Anders natürlich, wenn nur auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 geklagt wird. Dann genügt zur Rechtfertigung der Aktiv- oder Passivlegitimation die Behauptung, daß man „als Vater im Sinne der §§ 1708—1716 gelte", und diese Behauptung wird im Bestreitungsfalle grundsätzlich durch den Nachweis der Beiwohnung in der gesetzlichen Empfängniszeit hinreichend dargetan. Erst wenn die exceptio plurium erfolgreich erhoben ist, ist der weitere Nachweis erforderlich, daß aus der Beiwohnung des Dritten eine Empfängnis „offenbar unmöglich" eingetreten sei.

2. — Auf der anderen Seite ist aktiv und passiv legitimiert das uneheliche Kind.

Nur solange dem Kind die rechtliche Eigenschaft eines unehelichen Kindes innewohnt[3]), ist für eine Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft Raum.

Die Klage ist daher ausgeschlossen, wenn das Kind nach den Grundsätzen über die „eheliche Abstammung" (§ 1591 ff.) rechtlich ein eheliches Kind ist.

Bei Lebzeiten des Ehemanns der Mutter ist also die Klage regelmäßig unzulässig, selbst wenn das Kind offenbar und anerkanntermaßen von einem anderen als dem Ehemann im Ehebruch gezeugt ist. Erst wenn der Ehemann die Ehelichkeit des Kindes im Wege der Anfechtungsklage (BGB. §§ 1593—1596, ZPO. § 641) angefochten und die urteilsmäßige Feststellung der Unehelichkeit erwirkt hat[4]), oder aber wenn das Kind später

2) Vergl. z. B. Hellwig, Anspruch und Klagrecht 245.
3) Siehe oben § 2 Nr. 1.
4) Vergl. Dernburg, Bürg. Recht 4 § 66 Note 10 (S. 219).

als 302 Tage nach Auflösung der Ehe geboren ist[5]), oder endlich wenn der Ehemann, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, verstorben ist[6]), ist gemäß §§ 1593, 1596 Abs. 3 BGB. ohne weiteres die Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft zwischen dem Kinde und dem wirklichen Erzeuger zulässig [7]).

Wie dem ehelichen Kinde, so mangelt auch dem „als ehelich geltenden" Kinde aus einer nichtigen Ehe (BGB. § 1699 ff.) bei der hier fraglichen Feststellungsklage von vornherein die Sachlegitimation. Auch hier ist die in Rede stehende Feststellungsklage zwischen Kind und wirklichem Erzeuger nur dann möglich:

a) wenn entweder beiden Ehegatten bei Abschluß der Ehe deren Nichtigkeit bekannt war und das Kind darum überhaupt nicht als ehelich gilt (§ 1699);

b) oder wenn der Ehemann die Ehelichkeit des Kindes mit Erfolg angefochten hat, oder ohne Verlust des Anfechtungsrechts verstorben ist (§§ 1699 vbd. mit §§ 1593, 1596 Abs. 3);

c) oder wenn das Kind später als 302 Tage nach der Auflösung der Ehe durch Tod eines Gatten oder Scheidung (§§ 1699, 1593, 1596 Abs. 3)[8]) oder im Falle der Nichtig-

5) So auch Beschluß des OLG. Dresden vom 30. Juni 1903 (SeuffA. 58, 459 Nr. 240).

6) Ein Beispiel dieses Falles in OLGRspr. 3, 191: Die Witwe eines am 13. Juli 1900 verstorbenen Mannes hatte am 17. April 1901 einen Knaben geboren. Der angebliche uneheliche Erzeuger dieses Kindes wollte die Mutter heiraten und das Kind legitimieren und zu diesem Behufe vorher durch Klage gegen das Kind eine richterliche Feststellung herbeiführen, daß das Kind von ihm als uneheliches erzeugt sei. Das Kammergericht hielt die Klage für unzulässig — unseres Erachtens mit Unrecht; vergl. oben § 7 Note 6. Gegen die Richtigkeit dieser Entscheidung auch Dernburg, Bürg. Recht 4 S. XVI, Berichtigung zu S. 221 Anm. 7.

7) Planck, a. a. O. 4 § 1593 Nr. 3.

8) Auch eine nichtige Ehe kann (vor rechtskräftiger Nichtigkeits-

keitserklärung der Ehe später als 302 Tage nach Rechtskraft des Urteils [9]) geboren wird.

Aus demselben Gesichtspunkt ist die Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft nicht mehr statthaft, wenn das Kind infolge Legitimation durch nachfolgende Ehe oder durch Ehelichkeitserklärung aufgehört hat, im Rechtssinne ein uneheliches Kind zu sein. Die Legitimation beseitigt im Verhältnis zwischen Vater und Kind den bisherigen Familienstand der Unehelichkeit ganz und gar und setzt an dessen Stelle ein neues Familienverhältnis: das Rechtsverhältnis der ehelichen Kindschaft [10]).

Daraus folgt, daß nunmehr ausschließlich eine Klage auf Feststellung des Bestehens des ehelichen Vater- und Kindesverhältnisses im Sinne der §§ 640—643 ZPO., dagegen nicht mehr eine Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft gemäß § 644 ZPO. Platz haben kann [11]).

Anders liegt der Fall, wenn ein uneheliches Kind an Kindes Statt angenommen wird. Die Adoption hat

---

erklärung) durch Tod oder Scheidung „aufgelöst" werden. So ausdrücklich die §§ 1329, 1338, 1342, 1343 Abs. 2 BGB., § 628 ZPO. Von dem Zeitpunkt der Auflösung ist daher die in § 1593 BGB. bestimmte Frist von 302 Tagen zu berechnen.

9) Das ergibt sich aus dem konstitutiven Charakter der Nichtigkeitserklärung. Mit der Rechtskraft der Nichtigkeitserklärung (arg. ZPO. § 628) wird nicht die vorhandene Nichtigkeit deklariert, sondern die Nichtigkeit der Ehe erst geschaffen (arg. § 1343 Abs. 2 BGB.). (Zu vergleichen über diese streitige Frage Hellwig, Anspruch und Klagerecht 471/472 und Zivilprozeßrecht 1 § 34 Note 42 mit der dort angeführten Literatur.) Die Nichtigkeitserklärung muß deshalb für die Berechnung der 302 Tage der in § 1593 BGB. allein erwähnten „Auflösung der Ehe" gleichgestellt werden.

10) Näher begründet in meinem Aufsatz in IheringsJ. 47, 27 ff.

11) So auch Beschluß des OLG. Breslau vom 5. Dez. 1902 (OLGRspr. 7, 416); Urteil des Reichsger. vom 30. Mai 1902 (DJZ. 1902 S. 884) vergl. oben § 7 Note 15.

nicht zur Folge, daß das Kind aufhört, im Verhältnis zu seinem Erzeuger, dessen uneheliches Kind zu sein [12]). Es bleibt vielmehr der bisherige Familienstand des adoptierten Kindes unverkümmert fortbestehen (arg. § 1768), so daß auch die Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft nach wie vor zwischen Kind und Erzeuger zulässig bleibt. Die Zulassung dieser Klage kann hier mit Rücksicht auf die Alimentationspflicht oder wegen einer beabsichtigten Legitimation durch nachfolgende Ehe von Bedeutung sein [13]).

3. — Ist auch die Mutter des unehelichen Kindes zur Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft aktiv und passiv legitimiert?

Sicherlich kann die uneheliche Mutter einzelne Ansprüche, die aus dem Verhältnis der unehelichen Vaterschaft entspringen, teils als Rechtsnachfolgerin des Kindes, teils aus eigenem Rechte gegen den Erzeuger in eigenem Namen geltend machen.

Als Rechtsnachfolgerin des Kindes kann sie in eigenem Namen gegen den Erzeuger den Unterhaltsanspruch des Kindes insoweit einklagen, als sie dem Kinde tatsächlich Unterhalt gewährt oder in der Vergangenheit gewährt hat; denn insoweit geht der Unterhaltsanspruch des Kindes kraft Gesetzes (durch cessio legis) auf sie über (§§ 1709 Abs. 2, 1711).

Als Erbin des Kindes (§ 1925) kann sie von dem Vater den Ersatz der Beerdigungskosten verlangen, wenn das Kind ohne Hinterlassung hinreichenden Vermögens stirbt (§§ 1713 Abs. 2, 1968, 1990).

Aus eigenem Recht kann die uneheliche Mutter Ersatz der Entbindungskosten, der Sechswochenkosten sowie der weiteren notwendigen Aufwendungen nach Maßgabe des § 1715 BGB. von dem Vater verlangen.

12) Nähere Nachweisung in IheringsJ. 47 S. 27—36, 66 ff.
13) Vergl. unten § 10 Nr. 3.

Alle diese Rechtsfolgen haben zur gemeinsamen Voraussetzung, daß der in Anspruch Genommene als Vater im Sinne der §§ 1708—1716 gilt, oder aber (nach unseren früheren Ausführungen, oben § 4) wirklicher Vater schlechthin ist.

Diese Mehrheit der möglichen Rechtswirkungen, die an denselben Tatbestand angeknüpft sind, muß zur Bejahung der Frage führen, ob auch die uneheliche Mutter zur Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft sachlich legitimiert ist.

Doch wird man ihr in diesem Falle die Klage wegen der Anwendungsbeschränkung auf die vermögensrechtlichen Wirkungen aus den §§ 1708—1716 BGB. nicht als eine Statusklage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft schlechthin gewähren dürfen, sondern lediglich als eine gewöhnliche Feststellungsklage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 BGB.

Ueber das Statusverhältnis der unehelichen Vaterschaft in der Gesamtheit seiner Rechtsbeziehungen kann demnach nur in einem zwischen Vater und Kind geführten Prozeß entschieden werden.

§ 10. Das rechtliche Interesse.

1. — Zuweilen wird die Zulässigkeit der Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft mit dem Hinweis darauf geleugnet, daß regelmäßig das nach § 256 ZPO. erforderliche „rechtliche Interesse" an der alsbaldigen Feststellung dieses Rechtsverhältnisses fehle [1]).

Dieser Einwand ist ohne prinzipielle Bedeutung, da über die Feststellung eines streitigen Rechtsverhältnisses, wenn die

1) So z. B. Beschluß des LG. Dortmund vom 23. Nov. 1901 in JW. 1902 S. 61; Beschluß des Kammergerichts vom 18. Sept. 1901 in OLGRspr. 3, 191.

Feststellung gemäß § 280 ZPO. im Wege der Inzidentfeststellungsklage oder Inzidentfeststellungswiderklage beantragt wird, in rechtskraftfähiger Weise sachlich stets erkannt werden muß, auch wenn ein besonderes rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung nicht vorliegt[2]).

2. — Wie wenig der Einwand aber auch für die gewöhnliche Feststellungsklage (§ 256 ZPO.) zutrifft, wird durch folgenden der Praxis entnommenen Fall beleuchtet.

Der uneheliche Vater eines Kindes hatte sich unter ausdrücklicher Bestreitung seiner Vaterschaft durch gerichtliche Urkunde zur Zahlung von Alimenten verpflichtet und sich der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde unterworfen.

Das Kind erhob Klage lediglich mit dem Antrage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft. Das Amtsgericht wies die Klage ab, weil es eine selbständige Klage dieser Art als rechtlich unzulässig ansah. Das Landgericht Görlitz[3]) gab auf die Berufung der Klage statt; es erachtete insbesondere das „rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung“ für gegeben, da „den umfassendsten gerichtlichen Verpflichtungserklärungen des Beklagten zum Trotz“ das Kind gerade an der Feststellung des Verpflichtungsgrundes ein ganz erhebliches rechtliches Interesse habe. Völlig zutreffend legt das Landgericht seiner Entscheidung die Erwägung zu Grunde, daß der aus dem Gesetz entspringende Unterhaltsanspruch und der aus dem abstrakten Schuldversprechen hergeleitete vertragliche Unterhaltsanspruch trotz ihres identischen wirtschaftlichen Zwecks

2) Wohl allgemein anerkannt; siehe die Zitate bei Petersen-Anger, ZPO. 2 § 280 Bem. 1 Note 13 (S. 587); Urteile des Reichsger. in RGZ. 29, 361; in JW. 1897 S. 529 Nr. 5; 1898 S. 69 Nr. 5; S. 217 Nr. 2; in Badische Rechtspraxis 1902 S. 342.

3) Urteil des LG. Görlitz vom 18. März 1902 (JW. 1902 S. 244/5); gebilligt im Beschluß des Kammergerichts vom 29. Mai 1902 (OLG. 5, 43).

rechtlich zwei ganz verschieden geartete Ansprüche sind mit wesentlich voneinander verschiedenen Konsequenzen.

Gegenüber dem Anspruch aus dem abstrakten Schuldversprechen würde der Beklagte z. B. einwenden können, daß er das Versprechen nur schenkweise erteilt habe (§ 518) und daß er deshalb zum Widerrufe wegen Undanks (§ 530) oder zur Rückforderung wegen eigener Bedürftigkeit (§ 528) berechtigt sei. Der gesetzliche Alimentationsanspruch dagegen ist gegen derartige Einwendungen von vornherein geschützt; er ist auch im Konkurse oder im Nachlaßkonkurse des unehelichen Vaters oder seines Erben gemäß KO. §§ 3 Abs. 2, 226 Abs. 1, vbd. mit § 1712 BGB. ohne weiteres zuzulassen, während der Forderung aus dem abstrakten Schuldversprechen immerhin droht, als eine Forderung aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners im Konkurse gar nicht (KO. § 63 Nr. 4), und im Nachlaßkonkurs nur an später Stelle (KO. § 226 Abs. 2 Nr. 3) berücksichtigt zu werden.

Insbesondere aber ist der gesetzliche Unterhaltsanspruch gegenüber dem Anspruch aus einem Schuldversprechen mit wichtigen Vorrechten bei der Zwangsvollstreckung ausgestattet. Nach § 850 Abs. 4 ZPO. sind gewisse sonst unpfändbare Forderungen zu Gunsten des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs des unehelichen Kindes dennoch für pfändbar erklärt; ähnliche Pfändungsprivilegien sind aufgestellt im Reichsgesetz betr. die Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohnes (RGBl. 1897 S. 159) § 4a, ferner in den sämtlichen sog. Arbeiterversicherungsgesetzen (Krankenversicherungsgesetz § 56, Gewerbe-Unfallversicherungsgesetz § 96 Nr. 2, Unfallversicherungsgesetz für Land- und Forstwirtschaft § 101 Nr. 2, Bauunfallversicherungsgesetz § 37, Gesetz betr. die Unfallfürsorge für Gefangene § 17 Nr. 2, See-Unfallversicherungsgesetz § 100 Nr. 2, Invalidenversicherungsgesetz § 55 Nr. 2).

Wollte man in einem so gelagerten Falle das Vorhandensein eines rechtlichen Interesses an der Erhebung der selbständigen Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft verneinen, dann würde das Kind um alle Vergünstigungen geprellt werden können, die das Gesetz ihm zum Schutze seines Unterhaltsanspruchs besonders zugebilligt hat.

3. — Ein verwandtes Beispiel wäre folgendes: Jemand hat das von ihm erzeugte uneheliche Kind an Kindes Statt angenommen. Dadurch ist das Kind noch nicht mit den Verwandten des Adoptivvaters verwandt geworden (§ 1763 BGB.). Um das Kind auch mit diesen Verwandten in ein Verwandtschaftsverhältnis zu bringen und ihm auch ihnen gegenüber ein Erbrecht zu verschaffen, beabsichtigt der Adoptivvater, durch Heirat mit der unehelichen Mutter nachträglich die Legitimation des Kindes herbeizuführen (§ 1719)[4]. Um wegen dieses Erfolgs der beabsichtigten Legitimation sicher zu gehen, klagt er gegen das Kind auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft. Oder umgekehrt: das von seinem Erzeuger adoptierte uneheliche Kind, das durch die Adoption seine Unterhaltsansprüche als uneheliches Kind ja nicht verloren hat[5], will auf diese Unterhaltsansprüche der §§ 1708—1712 zurückgreifen, weil sie in gewissen Punkten für das Kind vorteilhafter sind als die Unterhaltsansprüche aus dem Adoptionsverhältnis[6]. So hat das Kind z. B. in seiner Eigenschaft als uneheliches Kind — anders wie als Adoptivkind — einen Unterhaltsanspruch, der weder von seiner Bedürftigkeit noch von der Leistungsfähigkeit des Vaters abhängig ist, sich vielmehr lediglich nach der Lebensstellung der Mutter richtet (vergl. §§ 1719, 1601—1603); während der gesetzliche Unterhaltsanspruch des

4) Ueber die Zulässigkeit vergl. IheringsJ. 47, 31 bei Note 9.
5) Vergl. im einzelnen IheringsJ. 47, 32—36.
6) Vergl. Dernburg, Bürg. Recht 4, 288 § 89 Note 14.

Adoptivkindes mit dem Tode des Annehmenden (§ 1615 Abs. 1) oder mit der Aufhebung des Adoptionsvertrages (§ 1768) erlischt, dauert der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes auch über den Tod des Vaters hinaus gegen dessen Erben fort und kann von den Erben nur dadurch beseitigt werden, daß sie das Kind mit dem Pflichtteilsbetrage abfinden (§ 1712); so kann das Kind zu einem Pflichtteil kommen, obwohl durch den Annahmevertrag das Erbrecht des Kindes gemäß § 1767 Abs. 1 ausgeschlossen worden sein mag.

Diese Möglichkeiten begründen wohl ein hinreichendes rechtliches Interesse zur Erhebung unserer Feststellungsklage, wenngleich das Kind von seinem Erzeuger und Adoptivvater so alimentiert wird, wie es das Adoptionsverhältnis gebietet (§§ 1757, 1766, 1601 ff.).

4. — Ein weiterer der Praxis entnommener Fall verdient noch in diesem Zusammenhang Erwähnung[7].

Jemand hat ein uneheliches Kind vor dem Standesbeamten als von ihm gezeugt anerkannt, und diese Anerkennung ist gemäß § 25 des Personenstandsgesetzes in das Geburtsregister eingetragen. Er widerruft später dieses Anerkenntnis und wird deshalb wegen intellektueller Urkundenfälschung und Vergehens gegen § 169 StGB. auf Grund seines Geständnisses unter Anklage gestellt und bestraft. Beantragt er nunmehr Berichtigung des Geburtsregisters dahin, daß er das Kind nicht erzeugt habe, so hat das Amtsgericht, das für dieses Berichtigungsverfahren zuständig ist, nach § 66 Abs. 2 PStG. entweder selbst die noch erforderlichen tatsächlichen Aufklärungen zu veranlassen oder aber den Antragsteller auf den Prozeßweg zu verweisen[8]. Macht das Amtsgericht von dieser letzteren

7) Beschluß des Kammergerichts vom 24. Juni 1901 in KGJ. 22, A 255 ff. (auch in OLG. 3, 399).

8) So ausdrücklich auch das Kammergericht in Anwendung auf den vermeintlichen unehelichen Vater: KGJ. 22, A 260.

Alternative Gebrauch, so ist überhaupt gar keine andere Klage denkbar, als die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft. Wie wollte man in einem solchen Falle, da die Parteien von dem Amtsgericht selbst auf den Prozeßweg verwiesen worden sind, ihr „rechtliches Interesse" an der hier fraglichen Feststellung in Abrede stellen?

Man muß aber wohl noch weitergehen und mit Rücksicht auf die Beweiskraft der Standesregister (PStG. § 15) anerkennen, daß schon das bloße Vorhandensein einer dem Kläger entgegenstehenden Eintragung im Standesregister ein „rechtliches Interesse" an der alsbaldigen richterlichen Feststellung begründet.

Auch ohne Standesregistereintragung dürfte eine wahrheitswidrig erfolgte Anerkennung der Vaterschaft, wenn sie wegen Irrtums, Zwanges oder arglistiger Täuschung anfechtbar ist, ein hinreichendes rechtliches Interesse an der Feststellung des Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft begründen[9]).

5. — Ob die Parteien in dem einzelnen Falle ein rechtliches Interesse an der Feststellung der unehelichen Vaterschaft schlechthin haben, oder aber nur an der Feststellung der „unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716", das ist natürlich allein nach der Sachlage des einzelnen Falles zu beurteilen und läßt sich nicht im allgemeinen beantworten. So viel aber mag richtig sein: wo die Feststellung der unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 für die wirtschaftlichen und familienrechtlichen Zwecke der klagenden Partei offensichtlich ausreicht, da fehlt ihr das rechtliche Interesse an der Feststellung des Statusverhältnisses der „unehelichen Vaterschaft schlechthin".

---

9) Vergl. den Rechtsfall in RGZ. 58, 348/349.

§ 11. Die Rechtskraft der Feststellung der unehelichen Vaterschaft schlechthin.

1. — Dem Urteil, durch welches das Bestehen oder das Nichtbestehen der unehelichen Vaterschaft festgestellt wird, ist durch die Vorschrift des § 644 ZPO. ausdrücklich die Rechtskraftwirkung für und gegen alle (§ 643 ZPO.) versagt. Nur für und gegen die Parteien sowie deren Rechtsnachfolger wird gemäß § 325 Abs. 1 ZPO. Rechtskraft geschaffen.

Wenn also das uneheliche Kind gegen den Erzeuger auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft klagt, so wirkt das Urteil keine Rechtskraft für oder gegen die Kindesmutter [1]), es sei denn, daß sie als Streitgenosse (ZPO. §§ 59, 60) an dem Prozeß teilgenommen hat, oder daß sie als Rechtsnachfolgerin des Kindes auftritt, z. B. als dessen Erbin (§ 1713 Abs. 1) oder kraft der cessio legis aus § 1709 Abs. 2.

Der Grund, weshalb das Urteil in diesem Statusprozeß ausnahmsweise nicht mit absoluter Rechtskraft ausgestattet ist, liegt darin, daß man das Rechtsverhältnis der unehelichen Vaterschaft nicht für wichtig genug hielt, um es im öffentlichen Interesse zum Gegenstand eines von der Inquisitions- und Offizialmaxime beherrschten Statusprozesses zu machen. Wo aber die Eigentümlichkeiten des Verfahrens fehlen, die eine objektiv richtige Entscheidung garantieren sollen, wo das Verfahren durch die Verhandlungsmaxime bestimmt wird und die Verurteilung auf der bindenden Kraft von Parteianerkenntnissen und Zugeständnissen oder auf Versäumnis beruhen kann, da ist es gerechtfertigt, daß die Rechtskraft des Urteils lediglich auf die Parteien und ihren Rechtsnachfolger beschränkt bleibt [2]).

1) Anders nach dem Sächsischen Bürg. Gesetzbuch §§ 1865, 1866.

2) Hellwig, Wesen u. subj. Begrenzung der Rechtskraft (1901) S. 71.

2. — Für die Frage der Rechtskraftwirkung in dieser Grenze ist nun weiterhin die Unterscheidung von fundamentaler Bedeutung, ob es sich in dem Prozeß um eine Feststellung der unehelichen Vaterschaft schlechthin oder nur um eine solche „im Sinne der §§ 1708—1716 BGB." handelte.

Ob ein Urteil der einen oder der anderen Art vorliegt, das ist bei Prüfung der Rechtskraft natürlich nicht nach dem buchstäblichen Wortlaut der Urteilsformel, sondern nötigenfalls aus dem gesamten Inhalt des Urteils, seines Tatbestandes und seiner Gründe durch Interpretation zu ermitteln. Aus dem vorgebrachten Sachverhalt, den Angriffs- und Verteidigungsmitteln, sowie aus den von den Parteien verfolgten Zwecken wird sich meist unschwer erkennen lassen, welcher innere Sinn und welche Tragweite dem Urteilstenor zukommen sollte.

Hat das Gericht bei einer lediglich auf den Tatbestand des § 1717 gestützten Klage dennoch unkorrekterweise auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft ohne einschränkenden Zusatz erkannt, so ist doch für die Rechtskraftwirkung ausschließlich von Belang, daß das Gericht nicht die wirkliche physiologische Abstammung hat feststellen, sondern nur so viel hat aussprechen wollen: der Beklagte „gelte" lediglich im Sinne der §§ 1708 bis 1716 BGB. als Vater des unehelichen Kindes [3]).

3. — Liegt aber einmal ein Urteil vor, in dem zwischen Vater und Kind das Bestehen oder Nichtbestehen der unehelichen Vaterschaft schlechthin rechtskräftig festgestellt ist, dann ist durch diese Entscheidung über das Statusverhältnis die Grundlage für sämtliche an die uneheliche Vaterschaft geknüpften Rechtswirkungen ein für allemal in nicht mehr bestreitbarer Weise unter den Parteien und ihren Rechtsnachfolgern festgestellt. Daraus ergeben sich im einzelnen folgende Sätze:

3) So auch Beschluß des Kammergerichts vom 20. April 1903 (KGJ. 26, A 41).

4. — In einem späteren Prozeß über die Alimentations- und Beerdigungskostenpflicht aus §§ 1708 bis 1714 schafft ein vorhandenes Urteil, durch welches positiv das Bestehen der unehelichen Vaterschaft schlechthin festgestellt worden war, bezüglich des Klagefundaments der unehelichen Vaterschaft volle Rechtskraft. Von keiner Seite kann mehr auf die Tatbestandsmerkmale des § 1717 zurückgegriffen werden, insbesondere kann die Einrede der mehreren Mitbeischläfer nicht mehr erhoben werden. Es bildet eben außer der fingierten Vaterschaft des § 1717 auch die wirkliche Vaterschaft eine Grundlage der Ansprüche aus §§ 1708—1716.

Von besonderer Bedeutung ist die Feststellung der Vaterschaft auch für die Erben des Kindes, insofern sie gegen den Vater die rückständigen, bis zum Tode des Kindes fällig gewordenen Unterhaltsraten gemäß § 1713 Abs. 1 einklagen, oder ihren Anspruch auf Tragung der Beerdigungskosten gemäß § 1713 Abs. 2 geltend machen, z. B. wenn das Kind ohne Vermögen stirbt und folglich die Beerdigungskosten nicht den Erben treffen (§§ 1968, 1990); in einem solchen Falle ist auch im Verhältnis zwischen Vater und Erben des Kindes über das Bestehen der Vaterschaft rechtskräftig entschieden[4]).

Dasselbe gilt für den Armenverband, für die Kindesmutter und für die unterhaltspflichtigen mütterlichen Verwandten, insoweit sie dem Kind nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Statusprozesses Unterhalt gewährt haben, und nunmehr kraft cessio legis als Rechtsnachfolger des Kindes dessen Alimentationsanspruch gegen den unehelichen Vater einklagen (Unterstützungswohnsitzgesetz § 62, BGB. § 1709 Abs. 2).

Ist dagegen negativ das Nichtbestehen der unehelichen Vaterschaft rechtskräftig festgestellt, oder — was dasselbe ist —

---

4) Gleicher Ansicht Eck, Vorträge 2, 516.

die positive Feststellungsklage aus Sachgründen rechtskräftig abgewiesen, so ist damit einer auf den besonderen Tatbestand des § 1717 gestützten Alimentenklage noch nicht präjudiziert. Nach den früheren Ausführungen ist nicht nur der wirkliche Vater, sondern neben ihm auch der fingierte Vater des § 1717 alimentationspflichtig. Es kann daher der leichter zu beweisende Tatbestand des § 1717 immer noch zum Fundament der Alimentenklage gemacht werden, obgleich rechtskräftig das Nichtbestehen der wirklichen Vaterschaft feststeht.

5. — Im Falle der Legitimation durch nachfolgende Ehe hat eine frühere rechtskräftige Feststellung der Vaterschaft zwischen Vater und Kind die wichtige Wirkung, daß zwischen ihnen das Bestehen der Vaterschaft nicht mehr bestritten werden kann. Das Kind kann nach erfolgter Eheschließung hinsichtlich aller Rechtswirkungen, die es aus der erlangten Rechtsstellung eines ehelichen Kindes in Anspruch nimmt (z. B. Alimentation), sich wirksam auf die rechtskräftige voreheliche Feststellung der Vaterschaft berufen. Ja, selbst in einem erneuten Statusprozesse auf „Feststellung des Eltern- und Kindesverhältnisses zwischen den Parteien" gemäß § 640 ZPO., bei dem an sich die auf Erforschung des wirklichen Sachverhaltes gerichtete Inquisitionsmaxime zur Geltung kommt (ZPO. §§ 640, 617—619, 622), bleibt mangels entgegenstehender Gesetzesvorschrift dennoch die frühere rechtskräftige Feststellung der Vaterschaft auch weiterhin bindend, obwohl sie doch nur in einem von der Dispositionsmaxime beherrschten Prozeß erfolgt war. So kann es geschehen, daß die bisher nur inter partes wirksame Feststellung der Vaterschaft durch das nunmehr ergehende Urteil bindende Wirksamkeit sogar für und gegen alle (§ 643 ZPO.) gewinnt, ohne Rücksicht darauf, ob die damalige Feststellung in einem Versäumnisurteil er-

gangen ist, oder ob sie auf Kollusion der Parteien beruhte[5]).

Eine weitere interessante Wirkung der rechtskräftigen Feststellung der Vaterschaft zeigt sich auch, wenn die zwischen dem Vater und der Mutter nachträglich geschlossene Ehe für nichtig erklärt wird und das Kind die Stellung eines unehelichen Kindes deshalb beibehält, weil beiden Eltern die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung bekannt war (§§ 1721, 1699). Alsdann kann das Kind gleichwohl von dem unehelichen Vater, solange er lebt, den Unterhalt wie ein eheliches Kind (§§ 1601 ff.) verlangen, ohne daß bei der Geltendmachung dieses Anspruchs die rechtskräftig festgestellte Vaterschaft von neuem in den Streit gezogen werden könnte (§§ 1721, 1703).

Endlich hat die rechtskräftige Feststellung der Vaterschaft vor erfolgter Legitimation durch Eheschließung die in § 1883 verordnete besondere Wirkung, daß mit dem Augenblick der

5) Hellwig, Rechtskraft 21 Note 53. Diese Konsequenz erscheint weniger seltsam, wenn man bedenkt, daß auch in dem Statusprozeß über ein eheliches Eltern- und Kindesverhältnis Versäumnis und Kollusion der Parteien zu einer objektiv unrichtigen Feststellung führen können und daß trotzdem die Rechtskraft der Feststellung inter omnes wirksam wird (Hellwig, a. a. O. 72). Denn für die Statusprozesse der §§ 640—643 ZPO. ist ebenso wie für die Eheprozesse keineswegs der reine Untersuchungsprozeß (wie etwa beim Entmündigungsverfahren oder im Strafprozeß) eingeführt. Das Gericht „kann" zwar Tatsachen, welche von den Parteien nicht vorgebracht sind, berücksichtigen und die Aufnahme von Beweisen von Amts wegen anordnen (ZPO. §§ 622, 640); aber es ist nicht verpflichtet, von sich aus nach solchen Tatsachen zu forschen und einer Aufklärung des wahren Sachverhalts nachzugehen (vergl. im Gegensatz hierzu §§ 653, 680 ZPO.). Brodmann im ArchCivPrax. 98, 81; auch Urteile des Reichsgerichts vom 3. Okt. 1892 in JW. 1892 S. 463 Nr. 9, und vom 20. Nov. 1902 in JW. 1903 S. 22 Nr. 5.

Eheschließung die Vormundschaft über das Kind endigt, der bisherige Vormund also seine Vertretungsmacht verliert.

Ist dagegen umgekehrt das Nichtbestehen der unehelichen Vaterschaft schlechthin zwischen den Parteien festgestellt oder die positive Feststellungsklage sachlich abgewiesen worden, so ist es von unserem Standpunkt aus immer noch möglich, daß das Kind durch nachfolgende Ehe seines Prozeßgegners mit der Mutter legitimiert werde; aber nicht, wie Endemann meint, weil „durch die nachfolgende Ehe der Personenstand des Kindes objektiv festgestellt wird und demgegenüber alle bisherigen rechtskräftigen Urteile über die Vaterschaft des unehelichen Kindes zurücktreten" [6]) — sondern weil für das Gebiet der Legitimation außer dem wirklichen Erzeuger (§ 1719) auch derjenige, der nur kraft Fiktion des § 1720 als Vater gilt, durch seine Heirat mit der Mutter dem Kinde die Rechtsstellung eines ehelichen verleiht. Die Voraussetzungen der bloß möglichen Vaterschaft (Beischlaf in der gesetzlichen Empfängniszeit, § 1720) können immer noch vorliegen, wenn das Bestehen der wirklichen Vaterschaft rechtskräftig verneint worden ist.

Da das die uneheliche Vaterschaft feststellende Urteil nur inter partes Rechtskraft wirkt, und andererseits die Fiktion der Vaterschaft aus § 1720 für jeden Konkumbenten gilt, der die Mutter heiratet, so hindert ein die Vaterschaft rechtskräftig feststellendes Urteil natürlich nicht, daß möglicherweise ein Dritter, der ebenfalls mit der Mutter in der Empfängniszeit konkumbiert hat, durch seine Heirat mit der Mutter noch immer die Legitimation des Kindes herbeiführen kann [7]).

So absonderlich diese Folgeerscheinung im ersten Augen-

---

6) Endemann, Lehrb. des bürgerl. Rechts [7] 2, 896.

7) So auch Motive zum BGB. 4, 922; Protokolle 6250 (Mugdan, Materialien 4, 1036); Eck, Vorträge 2, 521; Endemann, Bürg. Recht 2, 698 Note 8.

blick anmutet, so verdient sie doch im Interesse des unehelichen Kindes Beifall. Daß man der Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft ausnahmsweise keine Wirkung für und gegen alle beigelegt hat, erscheint unter diesem Gesichtspunkt als eine besondere Begünstigung des Kindes, geeignet, seine nachträgliche Legitimation zu erleichtern.

6. — Auch auf das Ehehindernis des § 1310 Abs. 3 BGB. ist die rechtskräftige Feststellung der Vaterschaft nicht ohne Einfluß.

Ist zwischen Vater und Tochter das Nichtbestehen der Vaterschaft rechtskräftig festgestellt oder die Klage auf deren Feststellung aus Sachgründen rechtskräftig abgewiesen, und heiraten die Prozeßparteien später einander, so kann keine von ihnen die Klage auf Nichtigkeitserklärung der Ehe auf Grund der §§ 1310 Abs. 3, 1327 erheben, da nirgends verordnet ist, daß die in einem gewöhnlichen Prozesse erstrittene Rechtskraft eines Urteils in einem von der Offizial- und Inquisitionsmaxime beherrschten Prozeß ihre Wirkung verlieren solle. Wenigstens enthalten die §§ 617, 618 ZPO., welche für das Verfahren in Ehesachen die Abweichungen von den allgemeinen Prozeßgrundsätzen bestimmen, nichts hierüber; und Ausnahmebestimmungen sind nicht ausdehnend auszulegen. Hiernach wäre die Ehenichtigkeitsklage ohne Beweiserhebung abzuweisen, wenn ein rechtskräftiges Urteil über das Nichtbestehen der Vaterschaft vorgelegt wird.

Dagegen versagt die Rechtskraftwirkung eines die Vaterschaft feststellenden Urteils im Ehenichtigkeitsprozesse immer dann, wenn in dem Prozesse andere Parteien als in dem früheren Vaterschaftsfeststellungsprozesse beteiligt sind; z. B. dann, wenn der Staatsanwalt die Nichtigkeitsklage erhebt (ZPO. § 632) oder der erhobenen Nichtigkeitsklage als Streitgenosse einer Partei beitritt (ZPO. § 634). Da der

Staatsanwalt hier die Stellung einer Partei einnimmt [8]), wie dies in §§ 636, 637 ZPO. ausdrücklich anerkannt ist, und ihm gegenüber das frühere Urteil nicht Rechtskraft wirkt, das Rechtsverhältnis aber allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann, so ist hier ein wirksames Präjudiz nicht vorhanden. Das Gericht hat hier ohne Rücksicht auf das frühere Urteil frei Beweis zu erheben und mit Wirkung für und gegen alle (ZPO. § 629) auf Grund des Beweisergebnisses zu entscheiden.

Dasselbe gilt natürlich, wenn ein Dritter gemäß § 632 ZPO. die Nichtigkeitsklage erhebt; ihm gegenüber liegt eine bindende rechtskräftige Entscheidung nicht vor.

Nach denselben Grundsätzen ist es zu behandeln, wenn positiv das Bestehen der Vaterschaft festgestellt worden war; dieses Urteil wirkt in dem Ehenichtigkeitsprozeß nur dann Rechtskraft, wenn dieser Prozeß ausschließlich unter den früheren Prozeßparteien geführt wird und wenn weder der Staatsanwalt noch ein Dritter als Partei teilnimmt.

Das auf die Parteien beschränkte Gebot der Rechtskraft eines die Vaterschaft zwischen Vater und unehelicher Tochter feststellenden Urteils erstreckt seine Wirkung natürlich auch nicht auf die Abkömmlinge der Parteien (§ 325 ZPO.), so daß eine Ehe zwischen der unehelichen Tochter und dem ehelichen Sohne des Vaters bloß auf Grund der Rechtskraft des vorbezeichneten Urteils noch nicht für nichtig erklärt werden kann [9]).

7. — Von besonderem Interesse ist schließlich der Einfluß der rechtskräftigen Feststellung der unehelichen Vaterschaft schlechthin auf das Standesregister.

8) Petersen-Anger, ZPO. § 634 Bem. 2.

9) Das Gegenteil scheint Eck, Vorträge 2 S. 514, 516 anzunehmen, wenn er meint, daß die uneheliche Tochter durch Erhebung der Feststellungsklage gegen den Vater ihre Ehe mit dem ehelichen Sohne des Vaters „unmöglich" mache.

Ein Urteil, durch welches im Statusprozeß zwischen Vater und Kind die uneheliche Vaterschaft rechtskräftig festgestellt oder verneint wird, könnte in den folgenden drei Fällen einen Einfluß auf die Tätigkeit des Standesbeamten ausüben:

a) bei der Prüfung des Vorhandenseins eines Ehehindernisses; dem Standesbeamten sind die zur Eheschließung gesetzlich notwendigen Erfordernisse als vorhanden nachzuweisen; er hat die Eheschließung abzulehnen, wenn Ehehindernisse zu seiner Kenntnis kommen (PStG. §§ 45 Abs. 1, 48);

b) bei der Berichtigung des Standesregisters (PStG. §§ 65, 66), wenn also geltend gemacht wird, daß eine auf das Standesrecht des Kindes bezügliche Eintragung von Anfang an inhaltlich unrichtig sei[10]); insbesondere wenn die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft im Standesregister eingetragen war und nunmehr die Eintragung begehrt wird, daß der Anerkennende dennoch nicht der Erzeuger des Kindes sei[11]);

c) bei der Beischreibung eines Vermerks über die Abstammung des Kindes, wenn diese Abstammung erst nach der Eintragung des Geburtsfalles festgestellt wird, und dementsprechend die ursprünglich richtige Eintragung lediglich ergänzt werden soll (PStG. § 26).

Es erhebt sich die Frage, ob der Standesbeamte an die Rechtskraft eines Urteils über die Feststellung der unehelichen Vaterschaft unbedingt unter allen Umständen gebunden ist, oder ob er, wenn er die Feststellung für unrichtig hält, sie einfach ignorieren darf.

---

10) So das Kammergericht in ständiger Rechtsprechung, vergl. die Beschlüsse vom 18. Juni 1900 (OLGRspr. 1, 371), vom 24. Juni 1901 (KGJ. 22, A 257), vom 29. Juni 1905 (KGJ. 30, A 70).

11) So ausdrücklich auch das Kammergericht in KGJ. 22, A 257.

Die Frage kann namentlich dann brennend werden, wenn der Standesbeamte glaubhaft erfährt, daß das Urteil auf Kollusion der Parteien beruht, oder wenn das Urteil ein Versäumnisurteil ist, oder wenn in einem Strafprozeß etwa infolge Auffindung anderer Beweismittel die uneheliche Vaterschaft in direktem Gegensatz zu der Feststellung des Zivilurteils bejaht oder verneint wird[12]).

Kann der Standesbeamte sich auf den Standpunkt stellen: das Zivilurteil über die Feststellung der unehelichen Vaterschaft ist nur in einem von der Parteidisposition beherrschten Prozeß, ohne die in den übrigen Statusprozessen gegebenen Garantien einer objektiv richtigen Entscheidung ergangen; der Prozeßrichter ist an die Behauptungen, das Verhalten, die Beweisantretungen der Parteien gebunden; deshalb schafft auch das Urteil gemäß §§ 325, 644 ZPO. nur für und gegen die Parteien Rechtskraft, nicht aber auch gegenüber dem Standesbeamten?

Vor diese Frage wird sich der Standesbeamte jedoch nur in zwei der soeben unter a—c aufgezählten Fälle gestellt sehen, nämlich bei der Prüfung des Vorhandenseins von Ehehindernissen (PStG. §§ 45 Abs. 1, 48) und bei der Eintragung der nachträglichen Feststellung der Abstammung (PStG. § 26).

In dem dritten Falle nämlich — bei der Berichtigung einer unrichtigen Eintragung im Standesregister (PStG. §§ 65, 66) — ist dem Standesbeamten durch das Gesetz ausnahmsweise untersagt, unmittelbar auf Grund eines rechts-

12) Strafprozeßordnung § 261 Abs. 1: „Hängt die Strafbarkeit einer Handlung von der Beurteilung eines bürgerlichen Rechtsverhältnisses ab, so entscheidet das Strafgericht auch über dieses nach den für das Verfahren und den Beweis in Strafsachen geltenden Vorschriften." Vergl. GRSt. 14, 374 (Urteil vom 5. Okt. 1886): der Strafrichter ist an das rechtskräftige Urteil des Zivilrichters nicht gebunden, sofern das Urteil nicht konstitutiver Natur ist.

kräftigen Zivilurteils eine Berichtigung des Standesregisters vorzunehmen. Gemäß § 65 PStG. kann nämlich die Berichtigung einer Eintragung „nur auf Grund gerichtlicher Anordnung" erfolgen; für den Erlaß dieser Anordnung ist aber gemäß § 66 Abs. 2 Satz 2 PStG. vbd. mit § 69 FGG. ausschließlich das im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit beschließende Amtsgericht zuständig. Ja selbst dann, wenn das Amtsgericht (als Berichtigungsgericht) die Parteien gemäß § 66 Abs. 2 Satz 3 PStG. „auf den Prozeßweg verwiesen" hatte, kann nicht etwa der Tenor des Urteils ohne weiteres vom Standesbeamten am Rande der Eintragung vermerkt werden [13]), sondern es muß der Weg des „Berichtigungsverfahrens" eingehalten werden, da „nur" auf Grund einer „Anordnung" im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Berichtigung eingetragen werden darf (PStG. §§ 65, 66 Abs. 3). Das Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils über das Bestehen oder Nichtbestehen der unehelichen Vaterschaft kann also nur Veranlassung dazu geben, daß das Berichtigungsverfahren vor dem Amtsgericht eingeleitet oder wieder aufgenommen wird [14]).

Aber dadurch, daß die Entscheidung über die Berichtigung des Standesregisters dem Standesbeamten genommen und dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit übertragen ist, wird auch auf diesem Gebiete die Frage nach dem Einfluß des rechtskräftigen Feststellungsurteils nicht erledigt, sondern nur verschoben.

Es wirft sich nämlich in diesem Fall für den Richter

13) Die entgegengesetzte Ansicht von Völk, Kommentar zum Reichspersonenstandsgesetz (1875) S. 190 Anm. 3 ist jetzt wohl allgemein aufgegeben.

14) So die herrschende Meinung, Sicherer, Personenstand und Eheschließung (1879) §§ 65, 66 Note 27 und 28; Hinschius, Kommentar zum Reichspersonenstandsgesetz³ (1890) S. 197 § 66 Note 76; Sartorius, Kommentar zum Reichspersonenstandsgesetz (1902) S. 408/409.

der freiwilligen Gerichtsbarkeit dieselbe Frage auf, wie sie in den beiden übrigen Fällen sich für den Standesbeamten ergeben hatte:

Ist das Amtsgericht im Berichtigungsverfahren streng an die Entscheidung des Prozeßgerichts gebunden, obwohl diese Entscheidung nur im Rahmen des Parteivorbringens nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime ergangen ist, nur auf formeller Wahrheit, also möglicherweise auf Versäumnis oder Kollusion beruht?

Oder darf das Amtsgericht sich über die Rechtskraft des Zivilurteils hinwegsetzen und sich auf das Inquisitionsprinzip der freiwilligen Gerichtsbarkeit berufen? Muß das Amtsgericht nicht vielmehr nach dem Grundsatz des § 12 FGG. (anwendbar nach § 66 Abs. 3 PStG. und § 186 FGG.) von Amts wegen die materielle Wahrheit erforschen, „von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufnehmen", und auf Grund dieser Offizialermittelungen unabhängig von dem Ergebnis eines Parteiprozesses über den Berichtigungsantrag entscheiden?

Vor dieselbe Frage, ob er an die Rechtskraft des Zivilurteils gebunden sei, kann sich der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit außer in dem Berichtigungsverfahren (§§ 65, 66 PStG.) auch in den beiden anderen vorerwähnten Fällen des Personenstandsgesetzes gestellt sehen.

Wenn nämlich der Standesbeamte trotz Vorlegung eines rechtskräftigen Urteils, durch welches das Nichtbestehen der unehelichen Vaterschaft festgestellt oder die positive Feststellungsklage abgewiesen ist, dennoch die Eheschließung ablehnt, weil er nach seiner persönlichen Ueberzeugung uneheliche Verwandtschaft der Brautleute als vorhanden annimmt, so bleibt den Nupturienten nichts übrig, als die Entscheidung des Amts-

gerichts im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzurufen; der Standesbeamte kann dann durch das Amtsgericht zur Vornahme der Eheschließung „angewiesen" werden (PStG. §§ 48, 11 Abs. 3; FGG. § 69).

Ebenso steht den Beteiligten die Anrufung des Amtsgerichts offen, wenn der Standesbeamte es ablehnt, die nach der Eintragung des Geburtsfalles erfolgende „Feststellung der Abstammung eines Kindes" gemäß § 26 PStG. am Rande der über den Geburtsfall vorgenommenen Eintragung zu vermerken (PStG. § 11 Abs. 3)[15].

Auch in diesen beiden Fällen erhebt sich die Frage, ob nicht das für das ganze Reichsgebiet einheitlich vorgeschriebene Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG. § 186, PStG. § 11 Abs. 3 Satz 3) vermöge der Inquisitionsmaxime des § 12 FGG. den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit dahin führen muß, unter Ignorierung des rechtskräftigen Zivilurteils von Amts wegen die materielle Wahrheit über das wirkliche Vorhandensein der unehelichen Vaterschaft zu ermitteln.

Die hier aufgeworfene Frage wird von den Kommentatoren des Personenstandsgesetzes, wie es scheint, nur beiläufig und nicht einheitlich beantwortet.

Bei der Prüfung des Vorhandenseins von Ehehindernissen (PStG. § 48) hat nach Hinschius[16] „der Standesbeamte selbständig zu prüfen, ob Ehehindernisse obwalten, und das Gesetz hat ihn darin nicht von irgend welcher gerichtlichen Entscheidung abhängig gemacht"; dagegen steht Sartorius[17] auf dem Standpunkt, daß über die uneheliche Abstammung

15) So auch Beschluß des Kammergerichts vom 25. Jan. 1906 in der Zeitschrift des Rheinpreuß. Amtsrichtervereins 24, 11.

16) Hinschius 172 Note 95.

17) Sartorius 256 (zu BGB. § 1310 Nr. 6).

nur der Richter eine für den Standesbeamten endgültige Entscheidung fällen könne.

Bei der Frage, ob der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Berichtigungsverfahren gemäß §§ 65, 66 PStG. an ein Zivilurteil gebunden sei, meint Hinschius[18]), daß das Berichtigungsgericht das Urteil sowie die Prozeßverhandlungen lediglich „als Material" für die Frage benutzen dürfe, ob die Berichtigung anzuordnen sei oder nicht; dagegen nimmt Sartorius[19]) auch hier an, daß „die rechtskräftige Feststellung des Prozeßgerichts für die Berichtigung maßgebend sein muß".

Die Frage dagegen, ob das rechtskräftige Urteil über die Feststellung der unehelichen Vaterschaft von dem Standesbeamten jedenfalls dann unweigerlich eingetragen werden müsse, wenn es sich um eine nachträgliche „Feststellung der Abstammung eines Kindes" im Sinne des § 26 PStG. handelt, scheinen die Kommentare einstimmig zu bejahen[20]).

Unseres Erachtens ist in allen vorerwähnten Fällen die einheitliche Antwort geboten, daß sowohl der Standesbeamte als auch der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit vollständig an die Rechtskraft des Feststellungsurteils gebunden sind, mag auch das Urteil ein Versäumnisurteil sein oder auf Kollusion der Parteien beruhen.

Diese Frage wird natürlich durch die Norm des § 325 ZPO. (iudicium ius facit inter partes) überhaupt nicht ge-

---

18) Hinschius 197.

19) Sartorius 409.

20) Völk § 26 Anm. 1, S. 67; Sicherer § 26 Bem. I, S. 254/255 Note 3 und 4; Hinschius § 26 Note 62a, S. 92; Sartorius § 26 Nr. 1b, S. 190; auch Mandry-Geib, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze[4] (1898) S. 128 bei Note 10.

streift; denn dort wird nur der Einfluß der Rechtskraftwirkung auf die Rechtsschutzsuchenden, auf die der Gerichtsbarkeit unterworfenen Rechtssubjekte geregelt. Der § 325 ZPO. behandelt nur die Gebundenheit der Bürger — nicht auch diejenige der Staatsbehörden — gegenüber der Rechtskraft eines Zivilurteils.

Die hier aufgeworfene Frage kann vielmehr nur unter dem Gesichtspunkt der staatsrechtlichen Funktion der Rechtskraft gelöst werden.

Es muß mit Laband[21]) davon ausgegangen werden, daß alle Zivilurteile, insbesondere auch alle Feststellungsurteile, autoritative Betätigungen der Staatsgewalt bedeuten, und daß sie daher einen staatlichen Befehl an alle, die es angeht, enthalten, die in dem Urteil des Prozeßgerichts getroffene, von der Herrschgewalt des Staates sanktionierte Feststellung zu respektieren. Dieser Befehl geht vermöge des staatsrechtlichen Charakters des rechtskräftigen Urteils nicht nur an die Prozeßparteien, sondern „er erstreckt seine Wirkungen auch auf alle Staatsbehörden. Auch sie haben das rechtskräftige Urteil als die staatlich anerkannte und mit Rechtsschutz ausgestattete Normierung eines Rechtsverhältnisses anzusehen, und es bei den weiteren Verfügungen und den ferneren (konsekutiven) Entscheidungen zu befolgen, ohne daß es ihnen gestattet ist, die Richtigkeit desselben in Frage zu ziehen“ [22]).

Da die Gerichte die Rechtspflege als Verwalter der staatlichen Herrschermacht ausüben, so sind an den entscheidenden Ausspruch des rechtskräftigen Zivilurteils über einen Rechtszustand nicht nur alle Organe der Rechtsprechung, sondern auch alle Organe der öffentlichen Gewalt überhaupt gebunden[23]). „Der in dem definitiven Urteil enthaltene Befehl

21) Laband, Staatsrecht 3[4] (1901) S. 351 ff.

22) Laband 352. Auch Wach, Handbuch 100 Note 64.

23) Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft (1886) S. 111—118; Bähr, Der Rechtsstaat (1864) S. 67.

der Staatsgewalt gilt und wirkt", wie Laband trefflich formuliert, „mit der unwiderstehlichen Gewalt der staatlichen Herrschermacht, auch wenn er der objektiven Wahrheit des Tatbestandes widerspricht, ohne daß er von den Organen des Staates selbst aufgehoben werden könnte" [24]).

Nachdem der Staat einmal durch den Mund eines seiner ordentlichen Prozeßgerichte ein bestimmtes streitiges Rechtsverhältnis in ein nicht-streitiges verwandelt hat und diesen Rechtsspruch mit der Autorität der befehlenden Staatsgewalt ausgerüstet hat, kann er keinem anderen Staatsorgan, weder dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit, noch dem Standesbeamten (einer Verwaltungsbehörde) die Befugnis einräumen, den von dem berufenen Rechtspflegeorgan einmal festgestellten Rechtszustand einfach zu mißachten. Selbst wenn die Unrichtigkeit der Entscheidung augenscheinlich ist, sind sämtliche Staatsorgane an die Feststellung des rechtskräftigen Urteils gebunden [25]).

Alle diese Sätze finden ihre Bestätigung in dem Grundsatz des Gerichtsverfassungsgesetzes, daß die ordentlichen Prozeßgerichte über die Zulässigkeit des Rechtsweges endgültig entscheiden, und also im Prinzip sowohl gegenüber den Verwaltungsbehörden als auch gegenüber den Organen der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine dominierende Stellung hinsichtlich ihrer Entscheidungen einnehmen (GVG. § 17 Abs. 1).

Bestätigt wird diese Auffassung ferner durch den elementaren Satz des noch jetzt gültigen § 19 des Rechtshilfegesetzes vom 21. Juni 1869: „Ist eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit in

24) Laband, a. a. O. 357.

25) Eine Ausnahme ist wohl für den oben S. 495 f. behandelten Fall anzunehmen, daß dem Staatsanwalt die Stellung einer Partei angewiesen wird. Eine weitere die Regel bestätigende Ausnahme enthält der § 261 StPO. (oben Note 12).

einem Bundesstaate . . rechtskräftig entschieden, so kann . . . die Rechtskraft vor jedem Gerichte desselben oder eines anderen Bundesstaates geltend gemacht werden"[26]).

Hält man hiernach den Standesbeamten und den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit an die Rechtskraft des Feststellungsurteils für unbedingt gebunden, so ergeben sich im einzelnen folgende Konsequenzen:

a) Bei Prüfung des Vorhandensein's von Ehehindernissen muß der Standesbeamte unter allen Umständen die Eheschließung ablehnen, wenn ihm ein rechtskräftiges Zivilurteil vorgelegt wird, in welchem das Bestehen der unehelichen Vaterschaft zwischen den Rupturienten festgestellt oder die entsprechende negative Feststellungsklage aus Sachgründen abgewiesen worden ist.

Wird dem Standesbeamten dagegen ein rechtskräftiges Erkenntnis vorgelegt, durch welches das Nichtbestehen der unehelichen Vaterschaft zwischen den Rupturienten festgestellt, oder die entsprechende positive Feststellungsklage aus Sachgründen abgewiesen worden ist, so darf der Standesbeamte nicht im Widerspruch mit diesem Urteil das Ehehindernis der unehelichen Abstammung gemäß § 1310 Abs. 3 BGB. als vorhanden annehmen, und aus diesem Grund die Eheschließung nicht ablehnen; selbst dann nicht, wenn das Urteil auf Versäumnis oder Kollusion beruht oder aus sonstigen Gründen offenbar unrichtig erscheint. Die gerichtliche Entscheidung ist für ihn bindend. Ein selbständiges Prüfungsrecht, wie es Hinschius annahm, „unabhängig von irgend welcher gerichtlichen Entscheidung", ist ihm versagt. Regelmäßig wird aber hier der Standesbeamte die Eheschließung aus einem anderen, der Feststellungsklage überhaupt nicht zugänglichen Ehescheidungs-

26) Vergl. hierüber insbesondere Hellwig, Zivilprozeßrecht 1, 88—96.

grunde ablehnen können; er wird aus dem Inhalt des Urteils meistens entnehmen können, daß zwischen der Mutter der Braut und dem Bräutigam jedenfalls außereheliche Geschlechtsgemeinschaft stattgefunden hat, und daß daher zum mindesten das aufschiebende Ehehindernis des § 1310 Abs. 2 BGB. vorliegt.

Selbstverständlich ist der Standesbeamte an die Rechtskraft des Zivilurteils über die Feststellung der unehelichen Vaterschaft nur gebunden, wenn die Eheschließung der Prozeßparteien selbst in Frage steht. Insoweit die Eheschließung einer dritten Person in Frage steht — etwa die Eheschließung des ehelichen Sohnes mit der unehelichen Tochter desselben Vaters — hat das zwischen Vater und unehelichem Kind ergangene Feststellungsurteil gegenüber der dritten Person keine Rechtskraftwirkung und ist daher auch für den Standesbeamten nicht von bindender Kraft.

b) In dem Berichtigungsverfahren nach §§ 65, 66 PStG. darf der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit das Feststellungsurteil nebst den Prozeßverhandlungen nicht nur als Beweismaterial verwerten, wie Hinschius lehrt; er darf also nicht gemäß § 12 FGG. unter Ignorierung des Urteils anderweitige Ermittelungen über die uneheliche Vaterschaft veranstalten. Er muß vielmehr die Berichtigung des Standesregisters genau nach Maßgabe des zwischen den Beteiligten ergangenen Feststellungsurteils anordnen. Diese Bindung des Berichtigungsrichters an das Urteil des Prozeßrichters entspricht wohl auch allein dem Geiste der Gesetzesvorschrift, nach welcher der Berichtigungsrichter den Antragsteller „geeignetenfalls auf den Prozeßweg verweisen kann" (PStG. § 66 Abs. 2). Es wäre ein Verstoß gegen die Grundregeln der öffentlichen Rechtssicherheit und gegen die prävalierende Autorität der Prozeßgerichte, wenn der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit über das Ergebnis des von ihm selbst angeordneten Prozeßweges

sich einfach hinwegsetzen dürfte. Es würde dazu führen, daß ein Amtsgericht eine Entscheidung des Reichsgerichts in Frage stellen könnte (siehe unten § 13 Nr. 3).

Der wichtigste Fall der Berichtigung ist der oben (bei Note 11) erwähnte, daß das Nichtbestehen der unehelichen Vaterschaft festgestellt wird, obwohl im Standesregister gemäß § 25 PStG. die Anerkennung der Vaterschaft eingetragen war.

c) Aus der staatsrechtlichen Seite der Rechtskraft des Zivilurteils erklärt es sich schließlich auch, daß die rechtskräftige Feststellung der unehelichen Vaterschaft als eine „Feststellung der Abstammung eines Kindes, die erst nach der Eintragung des Geburtsfalles erfolgt", unweigerlich auf Antrag eines Beteiligten am Rande der über den Geburtsfall vorgenommenen Eintragung im Standesregister zu vermerken ist (PStG. § 26). Weder der Standesbeamte, noch im Falle seiner Weigerung der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit (PStG. § 11 Abs. 3) haben das Recht, über den Inhalt des Urteils hinweg selbständige Ermittelungen über den Sachverhalt nach § 12 FGG. anzustellen.

Der Randvermerk darf nach § 26 PStG. nur dann beigesetzt werden, wenn die Feststellung der Abstammung des Kindes „durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird". Daß ein Zivilurteil an und für sich diese Voraussetzung erfüllt, ergibt sich unmittelbar aus der Definition der öffentlichen Urkunde in § 415 ZPO. als einer solchen, „welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen" ist; und nach § 417 ZPO. begründen „die von einer Behörde ausgestellten, eine amtliche Entscheidung enthaltenden öffentlichen Urkunden vollen Beweis ihres Inhalts".

In diesem Sinne äußern sich auch einige der in den Bundes-

staaten neuerdings erlassenen Ausführungsbestimmungen zum Personenstandsgesetze zutreffend, wie folgt:

Die Dienstanweisung für Hessen vom 29. Nov. 1899 zu § 26 PStG.[27]):

„Die Feststellung der Abstammung eines Kindes nach der Eintragung des Geburtsfalles kann regelmäßig nur durch gerichtliches Urteil erfolgen.

Wird die Vaterschaft des Ehemannes in Ansehung eines vorehelichen Kindes der Ehefrau durch Urteil festgestellt, so hat ein entsprechender Vermerk in dem Geburtsregister auf Vorlage des mit der Bescheinigung der Rechtskraft versehenen Urteils zu erfolgen."

Die Württembergischen Ausführungsbestimmungen vom 30. Okt. 1899 § 34[28]):

„Erfolgt die Feststellung der Abstammung eines Kindes nach geschehener Eintragung des Geburtsfalles durch richterliches Urteil, so erfordert die Vornahme des Randvermerks die vorgängige Vorlegung des die Abstammung des Kindes feststellenden, mit dem Zeugnis der Rechtskraft versehenen Urteils."

Die Badische Dienstanweisung für die Standesbeamten vom 18. Jan. 1901 § 149 Nr. 1[29]):

„Die Feststellung der Abstammung eines Kindes nach der Eintragung der Geburt kann auch durch gerichtliches Urteil erfolgen."

Aber wenn auch die Bedeutung eines Zivilurteils gegenüber dem Standesbeamten bei Anwendung des § 26 PStG. hiernach außer Frage steht, so könnte doch das Bedenken aufgeworfen werden, ob nicht der § 26 PStG. die Feststellung

27) „Der Standesbeamte" 1900 S. 212.
28) „Der Standesbeamte" 1900 S. 59.
29) „Der Standesbeamte" 1901 S. 116.

der Abstammung des Kindes nach der Vaterseite lediglich im Falle der ehelichen Abstammung im Auge hat, da doch nach § 1589 Abs. 2 BGB. das uneheliche Kind und dessen Vater nicht als verwandt gelten.

Einer solchen Auslegung stünden indessen Wortlaut und Zweck des Gesetzes entgegen.

Zunächst der Wortlaut: Der Begriff der „Abstammung" ist auch in der Gesetzessprache ein physiologischer, der Begriff der „Verwandtschaft" ein juristischer[30]). Die Rechtsordnung kann daher wohl dem juristischen Begriff der „Verwandtschaft" eine Einschränkung geben, nicht aber dem naturwissenschaftlichen Begriff der „Abstammung". Wenn daher das Gesetz in § 26 PStG. ohne Unterscheidung von einer Feststellung der „Abstammung" spricht, so meint es den physiologischen Begriff, ohne Rücksicht darauf, ob die Abstammung juristisch als eine eheliche oder als eine uneheliche Verwandtschaft aufzufassen ist.

Zu demselben Ergebnis führt die Betrachtung des rechtspolitischen Zwecks der Geburtsregister.

Die Geburtsregister sind nicht bloß dazu bestimmt, über die nackte Tatsache der Geburt Auskunft zu geben[31]), sondern sie verfolgen, wie das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung annimmt, zugleich den Zweck, die Abstammung eines als geboren eingetragenen Kindes, sei es eines ehelichen, sei es

---

30) Vergl. § 1589 Abs. 1 BGB. „Personen, deren eine von der anderen abstammt, sind in gerader Linie verwandt. Personen, die . . von derselben dritten Person abstammen, sind in der Seitenlinie verwandt." In demselben physiologischen Sinne wird der Ausdruck „abstammen" verwendet in § 1776 Abs. 2, § 2333 Ziff. 2 BGB.

31) Diese Ansicht verteidigen allerdings: Sicherer § 15, Text zwischen Note 3 und 4 (S. 191); Stölzel im „Standesbeamten" 1898 S. 51; Sartorius 131.

eines unehelichen Kindes, nach der Vater- und der Mutterseite klarzulegen[32]).

Das ergibt sich namentlich aus den Bestimmungen über die Eintragung der Anerkennung des unehelichen Kindes (PStG. § 25) und ist auch bei Entstehung des Gesetzes ausdrücklich ausgesprochen worden. Die Motive zum Preußischen Personenstandsgesetz vom 9. März 1874 § 21 — der Grundlage des § 25 des jetzigen Reichsgesetzes[33]) — erklärten ausdrücklich, daß das Geburtsregister auch dazu bestimmt sei, über die Abstammung des unehelichen Kindes nach der Vaterseite Auskunft zu geben[34]).

So stehen denn auch die Kommentare[35]) zum Personenstandsgesetz einhellig auf dem Standpunkt, daß die Feststellung der unehelichen Vaterschaft durch gerichtliches Urteil ohne weiteres gemäß § 26 PStG. durch Randvermerk im Geburtsregister einzutragen sei, sobald der Antragsteller das rechtskräftig gewordene Erkenntnis vorlegt.

Dieser Ansicht ist auch das Kammergericht unter der Herrschaft des neuen Rechts in einem Beschluß vom 20. April 1903 ausdrücklich beigetreten[36]), und zwar im Hinblick auf die besondere Entstehungsgeschichte des § 26 PStG.

Der § 26 des Reichspersonenstandsgesetzes entspricht nämlich dem § 23 des Entwurfs des Preußischen Personenstandsgesetzes vom 9. März 1874. Dieser § 23 des Entwurfs

32) So die Urteile des Reichsgerichts vom 10. Nov. 1879 (RGSt. 1, 9), vom 8. Mai 1880 (im „Standesbeamten" 1898 S. 84), vom 1. Okt. 1880 (RGSt. 2, 304), vom 19. Febr. 1891 (RGSt. 21, 411), vom 29. Dez. 1894 (RGSt. 26, 348); ferner Mandry-Geib S. 129 Note 12; Mantey im „Standesbeamten" 1898 S. 83.

33) Vergl. Drucksachen des Reichstags 1874/75 Nr. 158 S. 21.

34) Drucksachen des preuß. Abgeordnetenhauses 1873/74 Bd. 2 Nr. 84.

35) Siehe oben S. 502 Note 20.

36) KGJ. 26, A 41.

nannte unter den im Register einzutragenden „Veränderungen, welche sich nach Eintragung der Geburt in den Standesrechten des Kindes ereignen“, ausdrücklich auch die „Feststellung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kinde durch Anerkenntnis oder richterliches Urteil“ [37]). In dem Gesetze vom 9. März 1874 wurden die fünf Worte „durch Anerkenntnis oder richterliches Urteil“ gestrichen, wobei in den Verhandlungen des Abgeordnetenhauses ausdrücklich bemerkt wurde, es solle hiermit „durchaus keine materielle Veränderung eingeführt“ werden. Die Worte „Feststellung der unehelichen Vaterschaft zu einem unehelichen Kinde“ blieben im Gesetzestext stehen [38]).

Wörtlich übereinstimmend hiermit lautete auch der § 16 des vom Reichstag am 28. März 1874 angenommenen Gesetzentwurfs. Er erwähnte unter den „Veränderungen, welche sich nach Eintragung der Geburt in den Standesrechten eines Kindes ereignen“, an erster Stelle die „Feststellung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kinde“ [39]).

Der § 16 dieses Reichstagsentwurfs ging als § 25 in den dem Reichstag am 6. Jan. 1875 vorgelegten neuen Gesetzentwurf über in folgender Fassung: „Wenn die Feststellung der Abstammung eines Kindes erst nach der Eintragung des Geburtsfalles erfolgt oder die Standesrechte durch Legitimation, Annahme an Kindes Statt oder in anderer Weise eine Veränderung erleiden . .“ In der beigegebenen Begründung wird diese Aenderung lediglich mit dem Bemerken erwähnt, sie bedürfe kaum einer näheren Begründung [40]); insbesondere ist

37) Drucksachen des Hauses der Abgeordneten 1873/74 Bd. 2 Nr. 84.

38) Stenographische Berichte des Abgeordnetenhauses 1873/74 Bd. 1 S. 645/6.

39) Drucksachen des Reichstags 1874 Bd. 2 Nr. 126 § 16. Stenographische Berichte des Reichstags 1874 S. 641.

40) Drucksachen des Reichstags 1874/75 Bd. 3 Nr. 153 S. 7.

nicht ersichtlich, daß insoweit sachlich von dem Reichstagsentwurf abgewichen werden sollte[41]).

Der § 25 des Entwurfs von 1875 ist identisch mit dem § 26 des geltenden Gesetzes.

Somit ergibt sich auch aus dieser Entstehungsgeschichte des § 26, daß die „Feststellung der unehelichen Vaterschaft durch gerichtliches Urteil" nach der Absicht des Gesetzgebers im Geburtsregister ohne weiteres beigeschrieben werden sollte.

8. — Die Eintragung des Randvermerks gemäß § 26 PStG. im Geburtsregister hat ebenso wie die Eintragung des Berichtigungsvermerks gemäß § 65 PStG. nach der richtigen[42]), namentlich vom Reichsgericht ständig sanktionierten Auffassung die wichtige Wirkung zur Folge, daß sich die Beweiskraft des Standesregisters (PStG. § 15) auch auf den Inhalt dieser Randvermerke, insbesondere auch auf die Tatsache der unehelichen Abstammung erstreckt[43]). Denn die Register sind, wie wir sahen, auch zur Beurkundung der Feststellungen über die uneheliche Vaterschaft „bestimmt" und haben demgemäß auch in dieser Richtung Beweiskraft.

Wird also die Feststellung der unehelichen Vaterschaft gemäß § 26 oder § 65 PStG. am Rande des Geburtsregisters vermerkt, so entsteht nach § 15 PStG. die Vermutung gegenüber jedermann, daß das Kind tatsächlich von dem eingetragenen

41) Drucksachen des Reichstags 1874/75 Bd. 3 Nr. 153 S. 22.

42) So namentlich Mandry-Geib 129 Note 12; Mantey im „Standesbeamten" 1898 S. 83.

43) So ausdrücklich die in Note 32 angeführten Urteile des Reichsgerichts vom 10. Nov. 1879, vom 8. Mai 1880, vom 1. Okt. 1880, vom 19. Febr. 1891, sowie das unter der Herrschaft des BGB. ergangene Urteil des Reichsgerichts vom 11. Nov. 1901 (RGSt. 34, 427). Daß die Berichtigung gemäß § 65 PStG. dieselbe Beweiskraft des § 15 PStG. habe wie die ursprüngliche Eintragung, ist allgemein anerkannt; vergl. Hinschius § 66 Note 76 (S. 197); Sartorius 403.

unehelichen Vater erzeugt worden ist. Diese Vermutung besteht für und gegen jedermann, selbstverständlich solange nicht der Nachweis der Fälschung oder der unrichtigen Eintragung erbracht ist. Wer daher von nun an das Bestehen der unehelichen Vaterschaft leugnet, muß seinerseits den Gegenbeweis gemäß § 15 PStG. führen, „daß die Feststellung der unehelichen Vaterschaft, auf Grund deren die Eintragung stattgefunden hat, tatsächlich unrichtig sei".

Wenn also beispielsweise nunmehr die uneheliche Mutter ihren Anspruch auf Ersatz der Entbindungs- und Sechswochenkosten einklagt (BGB. § 1715), so kann sie sich auf die in dem früheren Prozeß zwischen Vater und Kind erfolgte und im Standesregister eingetragene Feststellung der unehelichen Vaterschaft wirksam berufen; ihrem Klagefundament steht die Vermutung des § 15 PStG. zur Seite und sie belastet daher den Beklagten, falls er die Vaterschaft leugnet, mit dem Beweise, daß er nicht der uneheliche Vater sei und daß die Feststellung in dem früheren Prozeß tatsächlich unrichtig sei.

Dasselbe würde gelten, wenn ein Armenverband vor Eintritt der Rechtshängigkeit des zwischen Vater und unehelichem Kind geführten Statusprozesses dem hilfsbedürftigen Kinde nach Maßgabe des Gesetzes über den Unterstützungswohnsitz vom $\frac{\text{6. Juni 1870}}{\text{12. März 1894}}$ Unterstützungen gewährt hatte und nunmehr gemäß § 62 dieses Gesetzes von dem Vater Ersatz begehrt; wenn auch der Armenverband hier den kraft cessio legis auf ihn übergegangenen Unterhaltsanspruch des Kindes als dessen Rechtsnachfolger gegen den Vater einklagt, so wirkt die Rechtskraft des früheren Urteils doch nicht für ihn, insoweit die Rechtsnachfolge schon vor der Rechtshängigkeit jenes Statusprozesses eingetreten war (ZPO. § 325); aber dem Armenverband kommt wenigstens die Vermutung der unehelichen Vaterschaft auf Grund des Standesregisters zu Hilfe.

Genau dasselbe würde für die Mutter oder den unterhaltspflichtigen mütterlichen Verwandten des Kindes gelten, soweit sie dem Kinde vor Erhebung der Statusklage Unterhalt gewährt haben. Sie erwerben insoweit ebenfalls kraft cessio legis den gesetzlichen Unterhaltsanspruch des Kindes gegen den unehelichen Vater (BGB. § 1709 Abs. 2).

Die Vermutung des § 15 PStG. könnte ferner ganz allgemein jeder beliebige Dritte für sich anrufen, welcher dem hilflosen bedürftigen Kind vor oder nach der Erhebung der Statusklage Unterhalt gewährt, während der Vater sich der Unterhaltspflicht entzieht oder sie doch nicht rechtzeitig erfüllt. In einem solchen Falle steht demjenigen, der dem Kinde Unterhalt gewährt, unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag nach der ausdrücklichen Vorschrift der §§ 679, 683 Satz 2 und 670 BGB. gegen den unehelichen Vater ein Anspruch auf Ersatz derjenigen Aufwendungen zu, die den Umständen nach zum Unterhalt des Kindes für erforderlich gehalten werden durften. Dieser Ersatzanspruch aus der negotiorum gestio ist ein originärer; der Geschäftsführer tritt nicht etwa kraft einer cessio legis als Rechtsnachfolger des Kindes auf und kann sich daher, auch wenn er erst nach eingetretener Rechtshängigkeit des hier fraglichen Feststellungsprozesses dem Kinde Unterhalt gewährt hat, nicht auf die Rechtskraft des zwischen Vater und Kind ergangenen Feststellungsurteils berufen; wohl aber auf die standesregisterliche Vermutung des § 15 PStG.

So gewinnt die Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft schlechthin auf einmal eine gesteigerte Wirksamkeit.

Die nach §§ 644, 325 ZPO. nur auf die Prozeßparteien und deren Rechtsnachfolger beschränkte Rechtskraft des Feststellungsurteils erlangt auf dem Wege des Randvermerks gemäß §§ 26 und 65 PStG. nunmehr eine einschneidende Be-

deutung gegenüber jedermann. Es kehrt sich jetzt im Verhältnis zu jedermann die Beweislast um. Wer die Unrichtigkeit der richterlichen Feststellung behauptet, muß fortan die Unrichtigkeit besonders nachweisen. Bis zu diesem Nachweis streitet eine *Vermutung* für das festgestellte und eingetragene Bestehen oder Nichtbestehen der unehelichen Vaterschaft für und gegen alle — ein wichtiger Ersatz dafür, daß dem Feststellungsurteil die absolute Rechtskraftwirkung für und gegen alle versagt geblieben ist.

9. — Die bisher erörterten Urteilswirkungen treten selbstverständlich alle von dem Zeitpunkt an in Kraft, in welchem das Urteil formelle Rechtskraft erlangt, d. h. durch Rechtsmittel oder Einspruch nicht mehr angreifbar ist (ZPO. § 705).

Es erhebt sich aber die Frage, ob auch ein noch nicht rechtskräftig gewordenes Urteil, durch welches das Bestehen oder Nichtbestehen der unehelichen Vaterschaft festgestellt wird, dadurch vorläufig in Wirksamkeit gesetzt werden kann, daß das Urteil *für vorläufig vollstreckbar erklärt* wird.

Es herrscht bekanntlich Streit darüber, ob nur diejenigen Urteile, welche eine der Zwangsvollstreckung fähige Entscheidung enthalten, für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können[44]), oder ob auch andere Urteile, insbesondere die Feststellungsurteile, der Vollstreckbarkeitserklärung ganz allgemein zugänglich sind[45]).

Die letztere Ansicht vertritt den Standpunkt, daß die Vollstreckbarkeit im weiteren Sinne der ZPO. nicht nur die Fähigkeit bedeute, Grundlage der Zwangsvollstreckung zu sein, sondern zugleich auch die Fähigkeit, Grundlage aller „sonstigen realen

44) So insbesondere *Gmelin*, Die Vollstreckbarkeit nach Reichszivilprozeßrecht (1898) §§ 1—3; *Seuffert*, ZPO.^{9} (1905) Nr. 3 vor § 704; *Fischer*, Die Vollstreckbarkeit (1905) in der Breslauer Festgabe für Dahn.

45) So namentlich das Reichsgericht (Entscheidungen in Zivilsachen 16, 421; 25, 377); *Gaupp-Stein*, ZPO.^{6} u. ^{7} Vorbem. III vor § 704, § 708 Nr. I 3.

Urteilswirkungen" zu sein[46]). Die vorläufige Vollstreckbarkeit bedeute daher, daß nicht nur die Zwangsvollstreckungsmöglichkeit, sondern „die gesamte Rechtskraftwirksamkeit" des Richterspruchs schon jetzt antecipando wirksam ins Leben trete[47]). Insbesondere erlangen Feststellungsurteile nach dieser Ansicht durch die Vollstreckbarkeitserklärung die Fähigkeit, schon vor Eintritt der Rechtskraft eine geeignete Grundlage für Eintragungen in öffentliche Bücher und Register zu bilden; und was namentlich die Feststellungsurteile in Ehe- und Statussachen angeht, so soll nach dieser Ansicht eine vorläufige Vollstreckbarkeit solcher Urteile durch alsbaldige Eintragung im Standesregister begrifflich möglich sein[48]) (PStG. §§ 26, 55).

Die uns hier allein interessierende Frage, ob auch Feststellungsklagen in Statusprozessen im Hinblick auf die Eintragung im Standesregister der vorläufigen Vollstreckbarkeit zugänglich sind, wurde schon bei der Beratung der Zivilprozeßnovelle von 1898 in der Reichstagskommission aufgeworfen[49]). In den Entwurf der Zivilprozeßnovelle war die neue Vorschrift eingestellt worden, daß Urteile . . in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande haben, nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden dürften (Zusatz zu § 644 der alten ZPO. von 1877).

Ein Mitglied der Reichstagskommission „erachtete die neue Vorschrift für überflüssig, da bei einer bloßen Feststellung überhaupt jede Vollstreckung ausgeschlossen erscheine".

---

46) Gaupp-Stein, Vorbem. III vor § 704.

47) Vergl. Wach, Vorträge[2] 101.

48) Gaupp-Stein, Vorbem. III vor § 704, § 704 Nr. II; Petersen-Anger, ZPO. § 704 Bem. 5 bei Note 1.

49) Bericht der VI. Reichstagskommission über die Zivilprozeßnovelle von 1898 S. 168, 169 (Hahn-Mugdan, Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen 8 [1898] S. 390).

Dem trat jedoch ein Vertreter des Bundesrats entgegen, indem er ausführte: „die Streichung der neuen Vorschrift würde möglicherweise zu der irrtümlichen Auffassung führen, daß der durch ein noch nicht rechtskräftiges Urteil geregelte Rechtszustand vorläufig in Wirksamkeit gesetzt werden könne".

So wurde diese Aenderung der Zivilprozeßordnung nach dem Vorschlage des Entwurfs angenommen, und wir haben daher seit 1900 in § 704 Abs. 2 der jetzigen Zivilprozeßordnung die Gesetzesbestimmung:

„Urteile in Ehesachen und in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande haben, dürfen nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden."

Dieses Verbot der Vollstreckbarkeitserklärung dürfte sowohl dem Wortlaut als dem Sinne nach auch auf unsere Statusklage über die uneheliche Vaterschaft anwendbar sein[50]).

Der Ausdruck „Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande haben", stimmt wörtlich mit der Titelüberschrift überein, unter welcher die Fälle der §§ 640—644 ZPO. zusammengefaßt sind. Daraus, daß insbesondere auch die Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft (§ 644) unter jener Titelüberschrift mitaufgezählt sind, ist zu folgern, daß die ZPO. auch an anderen Stellen, wo sie von „Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern" redet, das Statusverhältnis zwischen Vater und unehelichem Kind ebenfalls mittreffen will.

50) Gleicher Meinung wohl Struckmann-Koch, ZPO.[8] (1901) § 704 Bem. 5 (unter den von § 704 Abs. 2 getroffenen Fällen wird auch der des § 644 mitangeführt). Ausdrücklich auch Urteil des OLG. Karlsruhe vom 31. Dez. 1904 in der Badischen Rechtspraxis 1905 S. 74.

Für die Anwendbarkeit des § 704 Abs. 2 spricht ferner die negative Fassung des § 644 ZPO.: für die Statusklagen über die uneheliche Vaterschaft sollen nur „die Vorschriften der §§ 640—643 nicht gelten". Das argumentum a contrario aus dieser Ausnahmevorschrift des § 644 führt dazu, daß alle sonstigen Paragraphen der ZPO., welche sich auf Rechtsstreitigkeiten über „Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern" beziehen, auf unsere Statusklage über die uneheliche Vaterschaft anwendbar bleiben.

Mehr aber als diese grammatische Auslegung spricht der Sinn der Vorschrift des § 704 Abs. 2 für dessen Anwendbarkeit auf unsere Statusklage.

Wenn man durch diese Vorschrift verhüten wollte, daß in die Standesregister eine andere als die endgültige Regelung eines Statusverhältnisses eingetragen werde, und wenn man von dem Grundgedanken ausging, daß ein „familienrechtliches Verhältnis" seiner inneren Natur nach überhaupt keine vorläufige und ungewisse Feststellung vertrage[51]), so trifft dieser gesetzgeberische Grund in demselben Umfang wie für die eheliche Vaterschaft, so auch für die uneheliche Vaterschaft zu.

Mit Recht erklären daher die Hessischen und Württembergischen Ausführungsbestimmungen zum Personenstandsgesetz (oben S. 508) die Eintragung eines Randvermerks über die Feststellung der Abstammung eines Kindes nur für zulässig, wenn das vorgelegte Urteil mit dem Zeugnis der Rechtskraft versehen ist.

Aus dem allgemeinen Verbot der Vollstreckbarkeitserklärung für Statusurteile folgt im einzelnen, daß das Urteil über die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft auch dann nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden darf, wenn das Urteil auf Grund eines Anerkenntnisses ergeht (ZPO. § 708 Nr. 1), oder wenn das Urteil ein

51) Begründung zur Zivilprozeßnovelle 1898 S. 144.

Versäumnisurteil des Reichsgerichts oder ein zweites oder ferneres in derselben Instanz gegen dieselbe Partei zur Hauptsache erlassenes Versäumnisurteil ist (ZPO. § 708 Nr. 3 in der Fassung der Novelle vom 5. Juni 1905) — Eigentümlichkeiten, die nur bei dieser einzigen Statusklage möglich sind (ZPO. §§ 644, 640, 617 Abs. 1, 618 Abs. 5). Mit den übrigen Statusklagen hat unsere Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft gemeinsam, daß die Vollstreckbarkeitserklärung auch dann unzulässig ist, wenn es sich um ein Läuterungsurteil handelt, welches die Folgen eines bedingten Endurteils ausspricht (ZPO. § 708 Nr. 2)[52]; und daß auch hinsichtlich des Kostenpunktes eine vorläufige Vollstreckbarkeit nicht ausgesprochen werden darf[53].

§ 12. Die Rechtskraft der Feststellung der unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 BGB.

1. — Einen weit geringeren Umfang, als im vorigen Paragraphen dargelegt, hat die Rechtskraft desjenigen Urteils, durch welches die uneheliche Vaterschaft nicht als Statusverhältnis in der Gesamtheit seiner Rechtsbeziehungen, sondern nur „im Sinne der §§ 1708—1716 BGB." festgestellt wird. Um solche Urteile handelt es sich in der Praxis in den weitaus häufigsten Fällen, mag auch die Urteilsformel ungenau gefaßt sein und ohne beschränkenden Zusatz schlechthin von Feststellung der Vaterschaft sprechen. (Vergl. oben S. 477 und 490.)

Die Feststellung der unehelichen Vaterschaft in diesem beschränkten Sinne wirkt lediglich innerhalb der Grenze der aus den acht Paragraphen 1708—1716 hergeleiteten Ansprüche

---

52) So auch Fischer, Vollstreckbarkeit 78.

53) Fischer, a. a. O. 78; Struckmann-Koch, ZPO. § 704 Bem. 5. OLG. Karlsruhe in dem Note 50 zitierten Urteil.

Rechtskraft unter den Parteien und deren Rechtsnachfolgern (ZPO. § 325 Abs. 1).

Sie ist also bindend für die Entscheidung eines späteren Rechtsstreits über den außerordentlichen Unterhaltsanspruch, der über das 16. Lebensjahr des Kindes hinaus gemäß § 1708 Abs. 2 BGB. geltend gemacht wird.

Sie ist ferner bindend für und gegen den Rechtsnachfolger des Kindes, der als Erbe des vermögenslos gestorbenen Kindes gegen den Vater auf Erstattung der Beerdigungskosten klagt (BGB. § 1713 Abs. 2)[1]).

Sie ist bindend für und gegen den Armenverband sowie für und gegen die Mutter und den unterhaltspflichtigen mütterlichen Verwandten, insofern sie nach eingetretener Rechtshängigkeit des Feststellungsprozesses dem Kinde Unterhalt gewährt haben, und nunmehr auf Grund der cessio legis des § 62 des Gesetzes über den Unterstützungswohnsitz bezw. des § 1709 Abs. 2 BGB. auf Erstattung des gewährten Unterhalts gegen den Vater klagen.

Sie ist endlich auch bindend für und gegen den Erben des Vaters, insbesondere dann, wenn die dem Unterhaltsanspruch des Kindes eigentümliche Befugnis des Erben streitig wird, die fortbestehende Unterhaltspflicht durch Abfindung mit einem Pflichtteilsbetrage abzulösen (BGB. § 1712 Abs. 2).

Dagegen wirkt die Rechtskraft der Feststellung nicht auch für und gegen die uneheliche Mutter, insofern sie nicht als Streitgenossin oder als Rechtsnachfolgerin des Kindes auftritt; das gilt namentlich für die Geltendmachung der der Mutter aus eigenem Recht zustehenden Ersatzansprüche aus § 1715.

Auch für und gegen den negotiorum gestor, der dem Kind Unterhalt gewährt hat und nunmehr Erstattung der Auf-

1) So auch Eck, Vorträge 2, 516; vergl. oben S. 491.

wendungen begehrt (BGB. §§ 679, 683 Satz 2, 670), wirkt die Rechtskraft nicht.

Ebensowenig wirkt die Rechtskraft des die Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 feststellenden Urteils für und gegen einen Dritten, der durch seine Heirat mit der Kindesmutter auf Grund wirklicher oder fingierter (§ 1720) Vaterschaft das Kind legitimiert [2]).

2. — Aus dem Grundsatz, daß die hier fraglichen Urteile nicht für die Frage der wirklichen Vaterschaft schlechthin Rechtskraft wirken, ergeben sich folgende Konsequenzen:

Das auf Feststellung der Vaterschaft im Sinne der §§ 1708 bis 1716 lautende Urteil schafft keine bindende Grundlage für das trennende Ehehindernis aus §§ 1310 Abs. 3, 1327 [3]). Es kann also trotz Feststellung dieser Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 zwischen unehelicher Tochter und Vater theoretisch immer noch eine gültige Ehe zwischen ihnen geschlossen werden, so daß eine spätere Ehenichtigkeitsklage, welche die Feststellung der wirklichen Vaterschaft verlangt, vollkommen erfolglos bleiben kann. Eine andere Frage ist es natürlich, daß der Standesbeamte, wenn er von einem die Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 feststellenden Urteil Kenntnis hat, die Eheschließung gemäß § 48 PStG. schon deshalb ablehnen muß, weil jedenfalls das aufschiebende Ehehindernis der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft nach § 1310 Abs. 2 vorliegt; dieses Ehehindernis kommt aber, sobald die Ehe einmal geschlossen ist, nicht mehr in Betracht.

2) Siehe oben S. 494 Note 7; Petzold in JW. 1901 S. 707.

3) So zutreffend Petzold in der JW. 1901 S. 707; unrichtig Eck, Vorträge 2 S. 514 und 516 (wahrscheinlich weil er auf dem Boden der „Vermutungstheorie“ steht). Ecks Ansicht, daß die uneheliche Tochter, welche gegen sechs Männer die Feststellung ihrer Vaterschaft auf Grund des § 1717 erstritten habe, hierdurch ein Ehehindernis in Bezug auf alle sechs begründet habe (a. a. O. 514), erscheint hiernach hinsichtlich des Ehehindernisses aus § 1310 Abs. 3 BGB. nicht zutreffend.

Umgekehrt kann trotz rechtskräftiger Feststellung des Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708 bis 1716 oder trotz rechtskräftiger Abweisung der entsprechenden positiven Feststellungsklage immerhin das Bestehen der wirklichen Vaterschaft möglich sein und namentlich bei Auffindung neuer Beweismittel nachweisbar werden, so daß jene die Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 verneinenden Erkenntnisse die Nichtigkeitserklärung der zwischen Vater und unehelicher Tochter geschlossenen Ehe keineswegs ausschließen.

Unter demselben Gesichtspunkt rechtfertigt sich ferner die Entscheidung des Kammergerichts vom 20. April 1903, wonach auf Grund eines Urteils, das lediglich die Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 BGB. rechtskräftig feststellt, die Eintragung eines bezüglichen Randvermerks im Geburtsregister gemäß § 26 PStG. nicht erfolgen darf[4]). Denn dieser Vermerk darf nach § 26 PStG. nur dann beigeschrieben werden, „wenn die Feststellung der Abstammung des Kindes erfolgt ist", d. h. wenn die wirkliche Vaterschaft, der Personenstand des Kindes — nicht die auf die acht Paragraphen beschränkte fingierte Vaterschaft des § 1717 BGB. — rechtskräftig feststeht.

Ebensowenig darf eine Berichtigung des Standesregisters gemäß §§ 65, 66 PStG. vermerkt werden, wenn lediglich „im Sinne der §§ 1708—1716 BGB." das Bestehen oder Nichtbestehen der unehelichen Vaterschaft rechtskräftig feststeht.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich ohne weiteres, daß die Rechtskraft eines die Vaterschaft im Sinne der §§ 1708 bis 1716 feststellenden oder verneinenden Urteils einer erneuten Klage nicht im Wege steht, die auf Feststellung des Statusverhältnisses der wirklichen Vaterschaft gerichtet ist. Das kann von Wichtigkeit beispielsweise dann werden, wenn das

4) KGJ. 26, A 89. Falsch Sartorius, Personenstandsgesetz § 26 Anm. 1b S. 190 (offenbar vom Standpunkt der Vermutungstheorie).

Kind mit einer auf den Tatbestand des § 1717 BGB. (fingierte Vaterschaft) gestützten Feststellungs- und Alimentenklage mangels Beweises abgewiesen worden war, und nunmehr neues durchschlagendes Beweismaterial für die Feststellung der wirklichen Vaterschaft aufgefunden hat. Da der erneute Prozeß auf einen anderen Klagegrund als der frühere Prozeß gestützt wird, so steht dem Kläger die Rechtskraft des früheren Prozesses nicht entgegen.

In allen diesen Fragen, insbesondere auch hinsichtlich der Eintragungsfähigkeit im Standesregister, müßte die herrschende Vermutungstheorie zu entgegengesetzten Resultaten gelangen. Wer in § 1717 nur eine Vermutung der Vaterschaft erblickt, der kann sich der logischen Konsequenz nicht verschließen, daß durch ein auf § 1717 beruhendes Feststellungsurteil die Vaterschaft schlechthin nach allen Richtungen — nicht bloß in Beschränkung auf die acht Paragraphen 1708—1716 BGB. — festgestellt werde. Unsere Auffassung des § 1717 führt aber zu brauchbaren Ergebnissen, ohne daß es der von R. Leonhard geforderten „einschränkenden Auslegung des Gebots der Rechtskraft für derartige Fälle" bedarf[5]).

3. — Eine besondere Betrachtung verdient schließlich die Wirkung der rechtskräftigen Feststellung der Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 auf eine nachträgliche Legitimation des Kindes durch Verheiratung seines Prozeßgegners mit der Kindesmutter.

Da die Legitimation durch nachfolgende Ehe sowohl beim Vorhandensein der fingierten Vaterschaft des § 1720 als beim Vorhandensein der wirklichen Vaterschaft nach § 1719 stattfindet, so ergibt sich von selbst, daß die Legitimation immer noch möglich bleibt, wenngleich eine Klage auf Fest-

5) R. Leonhard in Ecks Vorträgen 2, 514 Note 2.

stellung der „unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708 bis 1716" rechtskräftig abgewiesen, oder wenn auf die entsprechende negative Feststellungsklage das Nichtbestehen dieser Vaterschaft rechtskräftig festgestellt worden war (z. B. wegen Durchgreifens der exceptio plurium)[6]. Darin liegt keineswegs ein Widerspruch[7], sofern man eben im Auge behält, daß die auf die Fiktion des § 1717 gestützte Feststellungsklage nur in der Anwendungsbeschränkung auf die acht Paragraphen 1708—1716 eine rechtskraftfähige Entscheidung über die fingierte Vaterschaft herbeiführen kann.

Eine interessante Folge dieser Rechtslage ist diese: wenn die von den Eltern nachträglich geschlossene Ehe sich als nichtig herausstellt und das Kind wegen Schlechtgläubigkeit beider Eltern in der Rechtsstellung eines unehelichen Kindes verbleibt (§§ 1721, 1699), so kann das Kind gleichwohl gemäß §§ 1721, 1703 BGB. den Unterhalt wie ein eheliches Kind von dem Vater verlangen. Da dieser Unterhaltsanspruch sich entweder auf die fingierte Vaterschaft des § 1720 oder auf die wirkliche Vaterschaft stützt, so steht ihm die Rechtskraft eines früheren Urteils, durch welches die „Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716" verneint worden war, nicht entgegen. Insbesondere kann also das Kind, wenn es früher mit einer auf § 1717 gestützten Klage auf Gewährung des einem unehelichen Kinde zukommenden Unterhalts wegen Durchgreifens der exceptio plurium rechtskräftig abgewiesen war, nunmehr auf Grund der §§ 1720, 1721 trotz fortbestehender Unehelichkeit den einem ehelichen Kinde zukommenden Unterhalt mit Erfolg einklagen, zumal dieser neuen

6) So ausdrücklich auch Protokolle der II. Kommission 6249 (Mugdan, Materialien 4, 1086).

7) Wie z. B. Natter, ArchCivPrax. 95, 139 meint. Auch die Begründung Endemanns (siehe oben S. 494 Note 6) ist verkehrt.

Klage gegenüber der bloße Einwand der mehreren nicht durchschlägt.

Schwieriger ist die Frage, ob nicht umgekehrt die positive Feststellung der unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 (und ebenso die Abweisung der negativen Feststellungsklage dieser Art) im Verhältnis der Parteien zueinander[8]) auf die Legitimation durch nachfolgende Ehe Rechtskraftwirkung ausübt.

Man könnte hier versucht sein, folgenden Gedankengang anzustellen:

Der Tatbestand der fingierten Vaterschaft des § 1720 (bei der Legitimation) deckt sich wörtlich mit dem Tatbestand der fingierten Vaterschaft des § 1717 bis auf die einzige Ausnahme, daß die exceptio plurium hier bei der Legitimation nicht zugelassen ist. Der Tatbestand der fingierten Vaterschaft des § 1720 ist also im Vergleich zu demjenigen des § 1717 nur um so viel weiter umzirkt, als er auch bei erwiesener Mitbeiwohnung anderer ohne weiteres erfüllt sein kann; im übrigen ist er mit dem Tatbestand des § 1717 identisch. Daraus ergibt sich: wenn der engere Tatbestand des § 1717 erfüllt ist, dann muß zugleich auch der weitere Tatbestand des § 1720 erfüllt sein; mit anderen Worten, die fingierte Vaterschaft des § 1717 birgt immer zugleich den Tatbestand der fingierten Vaterschaft des § 1720 in sich — natürlich nicht auch umgekehrt.

Hierauf fußend könnte man folgern, daß durch die rechtskräftige positive Feststellung der Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 a fortiori auch die Vaterschaft im Sinne des § 1720 rechtskräftig feststehe.

Allein nach unserer Auffassung ist auch hier daran festzuhalten, daß die auf die Fiktion des § 1717 gestützte Vater-

8) Ueber das Verhältnis zu Dritten siehe oben bei Note 2.

schaft nach dem Wortlaut und Willen des Gesetzes nur im Bannkreis der in den §§ 1708—1716 aufgezählten Rechtswirkungen materiellrechtlich als uneheliche Vaterschaft „gilt“; nicht darüber hinaus. Demgemäß würde ein Urteil, durch welches das Bestehen der unehelichen Vaterschaft lediglich „im Sinne der §§ 1708—1716“ festgestellt ist, keine bindende Rechtskraftwirkung in einem späteren inter easdem personas geführten Statusprozeß äußern können, wenn nämlich der uneheliche Vater inzwischen die Kindesmutter geheiratet hat und nunmehr mit dem Kinde über das Bestehen oder Nichtbestehen des ehelichen Eltern- und Kindesverhältnisses gemäß §§ 640 ZPO., 1719, 1720 BGB. einen Statusprozeß führt.

Durch dieses Ergebnis wird es vermieden, daß der gewöhnliche Feststellungsprozeß, der nur die vermögensrechtlichen Wirkungen aus den §§ 1708—1716 BGB. im Auge hatte, auf das Statusverhältnis der ehelichen Kindschaft und auf den von der Offizial- und Inquisitionsmaxime beherrschten Statusprozeß des § 640 ZPO. bindenden Einfluß gewinnt.

Folgt man dieser Ansicht, so kann ein die „Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716“ rechtskräftig feststellendes Urteil für sich allein auch nicht ausreichen, um bei nachfolgender Legitimation durch Eheschließung die bestehende Vormundschaft über das Kind gemäß § 1883 Abs. 1 BGB. ohne weiteres zu beendigen; diese Wirkung tritt vielmehr nur dann ein, wenn ein Urteil vorliegt, welches die uneheliche Vaterschaft schlechthin, das Statusverhältnis, feststellt.

Ein die Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 positiv feststellendes Urteil würde demgemäß auch keine Rechtskraft in einem Prozesse wirken, den im Falle der Richtigkeit der nachfolgenden Ehe das Kind gegen den Vater auf Gewährung des einem ehelichen Kinde zukommenden Unterhaltes anstrengt (BGB. §§ 1721, 1703).

Alle diese Fragen müßte die herrschende Vermutungstheorie auch hier entgegengesetzt entscheiden. Mißt man dem § 1717 BGB. nur eine prozessuale Valenz als Beweisnorm bei, so müßte die auf Grund des § 1717 rechtskräftig festgestellte oder verneinte Vaterschaft auch für den Bereich der Legitimation durch nachfolgende Ehe ein bindendes Präjudiz über das Bestehen oder Nichtbestehen der Vaterschaft enthalten.

4. — Bei der Klage auf Feststellung der „unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716" wiederholt sich die Frage, ob sie für vorläufig vollstreckbar erklärt werden kann.

Der § 704 Abs. 2 ZPO., welcher die vorläufige Vollstreckbarkeit von Urteilen über die „Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern" verbietet, dürfte auf diese Klage nicht anwendbar sein, weil sie keine echte Statusklage ist, und der § 704 Abs. 2 nur Statusprozesse im Auge hat; das ergibt sich aus der Gleichstellung der Kindschaftsprozesse mit den Ehesachen in § 704 Abs. 2 ZPO., in § 137 Abs. 4 GVG. und in der Ueberschrift des 6. Buchs der ZPO.

Demnach hängt die Beantwortung der Frage, ob die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der „unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716" für vorläufig vollstreckbar erklärt werden könne, davon ab, wie man sich zu der allgemeinen Frage der Vollstreckbarkeitserklärung von Feststellungsurteilen stellt (oben S. 515).

§ 13. Die sachliche Zuständigkeit.

1. — Nach § 23 Ziffer 2 Abs. 7 des Gerichtsverfassungsgesetzes umfaßt die Zuständigkeit der Amtsgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes auch die „Ansprüche aus einem außerehelichen Beischlafe".

Nach dieser Gesetzesbestimmung gehört, wie allgemein an-

erkannt ist, jedenfalls die Leistungsklage auf Gewährung von Alimenten zur amtsgerichtlichen Zuständigkeit.

Aber auch die Feststellungsklage, mit der lediglich die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der „unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 BGB." begehrt wird, dürfte zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehören, da diese Klage gemäß § 1717 sich wesentlich nur auf den „außerehelichen Beischlaf" in der Empfängniszeit — nicht auf das Bestehen oder Nichtbestehen der wirklichen Vaterschaft — stützt. Die Praxis, welche die Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 BGB. in Verbindung mit der Alimentenklage vor den Amtsgerichten zuläßt, trifft daher wohl das Richtige.

2. — Dagegen ist für die Statusklage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft schlechthin das Landgericht sachlich zuständig [1]).

Man muß davon ausgehen, daß vor das Landgericht „alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gehören, welche nicht den Amtsgerichten zugewiesen sind" (GVG. § 70). Die Zuständigkeit der Landgerichte ist demnach die Regel, während die Zuständigkeit der Amtsgerichte die Ausnahme bildet. Die Ausnahmebestimmungen des § 23 GVG., durch welche gewisse bestimmt bezeichnete Rechtsstreitigkeiten den Amtsgerichten zugewiesen werden, sind daher wie alle Ausnahmebestimmungen einschränkend auszulegen. Diese Interpretation führt in unserem Falle zu dem schon von Wach [2]) aufgestellten Satz, daß von der Vorschrift des § 23 Nr. 2 Abs. 7 GVG. „nur die unmittelbar und allein auf den außerehelichen Beischlaf begründeten

1) A. M. Gaupp-Stein, ZPO.[8] u.[9] (1906) § 1 Nr. II 2f, Text bei Note 40; Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts[2] (1906) S. 246 Nr. 3.

2) Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts (1885) S. 356.

Ansprüche ergriffen werden", nicht aber diejenigen Ansprüche, „für welche der außereheliche Beischlaf nur eine entferntere Bedingung, ein (geringfügigeres) Stück des Klagegrundes bildet".

Die Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft schlechthin ist aber keine Klage, die sich bloß auf „einen außerehelichen Beischlaf" gründet; sie gründet sich vielmehr auf das „familienrechtliche Verhältnis" der durch Zeugung entstandenen wirklichen Vaterschaft; sie ist eine Statusklage, die das Bestehen des blutsverwandtschaftlichen Bandes der wirklichen Vaterschaft zur Voraussetzung hat.

Mit dieser Klage wird mehr als nur ein „Anspruch aus einem außerehelichen Beischlafe" verfolgt; sie gehört deshalb vor das Landgericht[3]).

Als Statusklage gehört sie auch nicht zu den Klagen, mit welchen ein „vermögensrechtlicher Anspruch" erhoben wird. Sie kann daher nur am Gericht des allgemeinen Gerichtsstandes des Beklagten, nicht etwa auch in dem besonderen Gerichtsstand des Aufenthaltsortes (ZPO. § 20) erhoben werden[4]). Eine Vereinbarung über die Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Gerichts ist aus demselben Grunde unzulässig (ZPO. § 40 Abs. 2). Der Wert des Streitgegenstandes dieser Statusklage ist demgemäß auch stets besonders nach § 10 des Gerichtskostengesetzes zu bemessen[5]).

Dagegen dürfte die lediglich auf die fingierte Vaterschaft

---

3) So auch Wach (a. a. O. S. 356, 357 bei Note 20), der diese Ansicht noch besonders dadurch bekräftigt findet, daß das Motiv des Gesetzes: die Einfachheit der Rechtsfragen, welche bei den Verhandlungen über diese Ansprüche zur Erörterung kommen — ausfällt, sobald eine Statusklage über das „familienrechtliche Verhältnis überhaupt" in Frage steht. — Die Zuständigkeit des Landgerichts für die Statusklage wird ferner bejaht von Struckmann-Koch, ZPO. 2[8], 511 unter Nr. 9; hypothetisch auch von Hirsch, Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder 20 Nr. 1a.

4) So auch Seuffert, Kommentar zur ZPO.[9] (1904) § 20 Nr. 2.

5) Vergl. über diese Streitfrage Gaupp-Stein (1906) § 8 Note 19.

gestützte Klage, mit der nur die Feststellung der unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 BGB. begehrt wird, sowohl hinsichtlich des Gerichtsstandes des Aufenthaltsortes als auch hinsichtlich der Zulässigkeit der prorogatio fori sowie hinsichtlich des Wertes des Streitgegenstandes stets als ein „vermögensrechtlicher Anspruch" zu behandeln sein. Für die Wertberechnung käme dann hier der § 9a GKG. (der fünffache Betrag des einjährigen Alimentenbezuges) in Betracht.

3. — Die auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der wirklichen unehelichen Vaterschaft gerichtete Statusklage kann hiernach als eine nicht-vermögensrechtliche Rechtsstreitigkeit ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes gemäß § 546 ZPO. in der Revisionsinstanz an das Reichsgericht gelangen.

Da in den unteren Instanzen gemäß §§ 644, 640, 607 ZPO. eine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft nicht stattfindet, so ist die Bestimmung des § 137 Abs. 4 GVG., wonach das Reichsgericht in Rechtsstreitigkeiten über „die Festellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern" vor der Entscheidung den Ober-Reichsanwalt mit seinen schriftlichen Anträgen zu hören hat, sinngemäß auf unsere Statusklage nicht anwendbar; der weitgefaßte Wortlaut des § 137 Abs. 4 GVG. könnte allerdings der entgegengesetzten Deutung Vorschub leisten, zumal die Zivilprozeßordnung selbst unsere Statusklage stets als eine Unterart der Rechtsstreitigkeiten behandelt, „welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande haben" (Ueberschrift vor § 640 ZPO., Rubrik des 6. Buchs der ZPO. und § 704 Abs. 2 ZPO.).

Nachtrag zu § 2 Nr. 3 (S. 417 ff.).

Während des Druckes wurde eine Veröffentlichung des Gynäkologen Schatz in Rostock bekannt, welche für die Frage des Beweises der wirklichen Vaterschaft (der physiologischen Abstammung) bedeutsame Aussichten eröffnet.

In der Versammlung der Gesellschaft deutscher Naturforscher und Aerzte im September 1905 zu Meran stellte Schatz als das Ergebnis langjähriger Untersuchungen folgende Ansicht auf:

Wenn man durch Blutdruckmessungen die Periodizität der Schwangerschaft festgestellt habe, so sei es nicht nur möglich, vorauszubestimmen, an welchem Tage oder innerhalb welcher wenigen Tage die Geburt eintreten werde, sondern man könne auch umgekehrt auf Grund der Blutdruckkurven, des Geburtstages und der übrigen Geburtsresultate mit noch größerer Sicherheit die Zeit der Empfängnis auf den Tag oder innerhalb weniger Tage genau bestimmen. „Wenn also" — so äußert sich Schatz — „die gerichtlich oder sonst festgestellten und bezüglich der Empfängnis strittigen Kohabitationen nicht zu nahe aneinander liegen, so ist es möglich, diejenige davon herauszufinden, welche die befruchtende war, und wer also der Vater des Kindes ist."

„Ich wurde in einer Alimentenklage betreffs eines in meiner Klinik geborenen Kindes um ein Gutachten darüber ersucht, ob von der Kohabitation von drei neben dem Beklagten in Frage kommenden Männern gesagt werden könne, daß von ihnen das Kind „offenbar" nicht herrühren könne, und konnte dies auf Grund der Beschaffenheit des Kindes und der Zeitabstände der Kohabitationen bejahen, so daß der Beklagte allein übrig blieb. . . . Als ich aber nachträglich zur Bearbeitung des Falles für meine Untersuchungen kam, da stellte sich die Sache doch noch anders heraus. Die während der Schwangerschaft aufgenommene

Blutdruckkurve und der Geburtstag paßten durchaus nicht auf die Kohabitationen des Beklagten, sondern nur auf den Konzeptionstermin, welchen die Schwangere bei ihrer Aufnahme in die Klinik, d. i. 10 Wochen vor der Entbindung, angegeben und für welchen sie auch einen anderen Mann als Schwängerer genannt hatte. Ich bin also jetzt der Ansicht, ja der wissenschaftlichen Ueberzeugung, daß dieser der Vater des Kindes ist." (Ein Beispiel für das oben S. 430/431 Ausgeführte!)

„Wenn Schwangere, für welche es wegen des Kindes rc. von Interesse ist, den Vater desselben feststellen zu lassen, die letzten 2—3 Monate in einer Klinik oder unter anderen Verhältnissen so untergebracht werden, daß täglich eine einwandfreie Blutdruckbestimmung gemacht wird, und das ist ja gar nicht schwierig, so wird man im stande sein, Sachverständigen und Richtern in Form von Kurven rc. Unterlagen für Richtersprüche zu geben, welche den meisten betreffenden unehelichen Kindern die Wohltat der Alimentation sichern und viele dadurch vor dem Untergang bewahren." (Verhandlungen der Gesellschaft deutscher Naturforscher und Aerzte 1905 Teil II 2. Hälfte S. 173—175.)

Bestätigt sich die Richtigkeit dieser Lehre, so gewinnt dadurch zugleich unsere Ausführung an praktischer Bedeutung, daß wir es in den §§ 1717, 1718 einerseits und in § 1720 andererseits lediglich mit Fiktionen einer Vaterschaft zu tun haben: neben ihnen behält das nach den allgemeinen Regeln des Zivilprozesses zu beweisende Bestehen der wirklichen Vaterschaft seine selbständige Bedeutung, insbesondere als die allein zulässige Grundlage der Statusklage gemäß § 644 ZPO.

Verzeichnis

der in Bd. L angezogenen Belegstellen.

A. Altdeutsches Recht.

B. Altrömisches Recht.

C. Gemeines Recht.

D. Gesetze und Verordnungen des Deutschen Reichs.

Einführungsgesetz zum BGB.

Personenstandsgesetz.

Krankenversicherungsgesetz.

E. Partikularrechte.

F. Ausländisches Recht.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 3068

Frommann'sche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 3068